عبد الرحمن الصابوني
دكتور في الحقوق

مدى حرية الزوجين في الطلاق

في الشريعة الإسلامية

دراسة مقارنة

مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية



تقديم

الشيخ محمد أبو زهرة

الدكتور مصطفى السباعي

مدى حرية الزوجين
في الطلاق
في الشريعة الاسلامية

عبد الرحمن الصابوني
دكتور في الحقوق

رئيس قسم الشريعة الاسلامية
وأستاذ الأحوال الشخصية بجامعة حلب

مجاز من معهد الشريعة الاسلامية
للدراسات العليا بجامعة القاهرة
دبلوم في العلوم القانونية
شهادة اختصاص في الحقوق الخاصة

مدى حرية الزوجين في الطلاق

في الشريعة الإسلامية

دراسة مقارنة
مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الاحوال الأحوال الشخصية العربية

تقديم

الشيخ محمد أبو زهرة　　　الدكتور مصطفى السباعي

الطبعة الثانية
مزيدة ومنقحة

١٩٦٨

دار الفكر

«ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف»
قرآن كريم

«خياركم خياركم لنسائه»
حديث شريف

اول رسالة منحتها جامعة القاهرة لخريجي
معهد الشريعة الاسلامية للدراسات العليا نال
بها المؤلف درجة الدكتوراه مع مرتبة الشرف
الاولى باجماع الآراء .

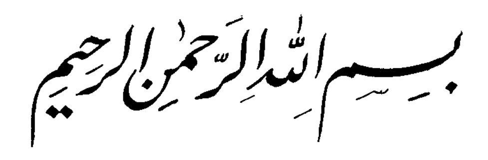
الاهـــداء

إلـــــروح والدي الغاليـــة

إلـــــامي الحنون

عرفانـــًا وتقـــديرًا ومحبّـــة

عبد الرحمن



مقدمة الطبعة الثانية

بقلم الاستاذ الامام الشيخ محمد ابو زهرة

الحمد لله الذي خلق من كل شيء زوجين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، المبعوث بالهداية والحكمة والموعظة الحسنة وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد: فان الحياة الزوجية هي النعمة بين الرجل والمرأة وهي الرحمة وهي السكن كما قال تعالى: « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون ».

وان العلاقة بين الزوجين لا يظلها إلا الرحمن، ولا يحكمها إلا الضمير والوجدان وليست أمراً تشاع وقائعه، وتعلن حقائقه المكنونه، فهي في ستر الله وحماية الشرع لا تخضع لاجراء القضاء بمقدار ما تخضع للديّان، ولذلك كانت هذه العلاقة أدق العلاقات الانسانية لأنها منبعثة عن القلوب، ولا يحكمها إلا من يحكم على القلوب، وسبحان مقلب القلوب.

ولقد تحلُّ الجفوة محل المودة، وبدل أن تكون الرحمة هي الحاكمة تكون القطيعة هي المسيطرة، والتنافر هو المتحكم، والقلوب اذا تنافر ودها لا تلتئم، فيكون الفراق أولى كما قال تعالى: « وان يتفرقا يغن الله كلاً من سعته ».

ولكن قد يوجد مظهر الجفاء ولا توجد حقيقته ويكون شكل التنافر ولا يكون معناه. ولقد وضع الله القسطاس المستقيم للتنافر الحقيقي والتنافر الظاهري ، فأمر بالعظة ثم بالهجر في المضاجع ، واجاز الضرب غير المبرّح وغير الشائن فان لم يجد شيء من هذا كان لا بد من تحكيم حكمين لإزالة ما بينهما ، فان لم يستطيعا أن يزيلاه تبين أن النفرة مستحكمة والجفوة الحتميقية قائمة ، فيكون الطلاق أمراً تقتضيه الحياة الزوجية ، قال الله تعالى : « واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهنّ واهجروهنّ في المضاجع واضربوهنّ ، فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً إن الله كان علياً كبيراً . وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً » .

ويلاحظ أن النشوز اذا كان من جانب الرجل كان للقاضي تعزيره ، ويبدأ بالموعظة الحسنة ثم باجازة هجره وتركه مع وجوب النفقة عليه ، فان لم ينزجر كان السوط زاجراً . « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير » .

إذن فالطلاق ضرورة توجبها الحياة الزوجية إن لم يستقم امرها وتأكد الزوجان ومن حولهما أنه لا سبيل لاستمرارها إلا بمعصية لأمر الله ونهيه .

لذلك شرع الطلاق اذا صارت الحياة الزوجية نقمة بعد أن كانت نعمة ، واصبحت إقامة حدود الله بين الزوجين أمراً لا أمل فيه .

ولكن قد تلتئم القلوب بعد مظهر التنافر ويتبين أن النفرة غير مستحكمة وبدت لهما وقت الطلاق أنها مستحكمة ، وقد يكون الطلاق لأمر عارض قد زال ، أو لنزوة طيش لم تدبر فيه الأمور .

لذلك كان الطلاق بين الزوجين المتعاشرين قابلاً للرجوع فيه واعادة الحياة إلى مجاريها ، فيكون الطلاق رجعيا . وعند الرجوع تحتسب عليه طلقة ليتدبر من بعد ولكيلا

ينطلق لسانه بالطلاق في غير حاجة اليه، ولكي يكون في موضعه حيث لا تقام حدود الله. فان تكرر منه ذلك ثم كان رجوع إلى أهله، احتسبت ثانية، ثم اذا كانت الثالثة حرمت عليه إلى أن تجرب عشرة غيره . قال تعالى :

«الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان ، ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا الا يقيما حدود الله ، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ، ومن يتعد حدود الله فاولئك هم الظالمون. فان طلقهافلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله ، وتلك حدود الله يبينها لقوم يعلمون » .

وإن للطلاق حدوداً شرعية تتعلق بوقوعه حقوق بالنسبة للمطلقة وبالنسبة لاولادها من المطلق ، وان ذلك يحتاج بيانه إلى فقيه مدرك يعلم علم القرآن في الأسرة ، وعلم السنة في بيان احكامها ، واستنباط الفقهاء في ظلهما .

وقد تصدى لبيان ذلك ولدنا الاستاذ الدكتور عبد الرحمن الصابوني في بيان واضح مشرق ، واستقراء وتتبع واستقصاء ، يجمع الشوارد فيؤنسها ، والاشباه والنظائر فيضبطها في إحكام واتقان . فقرب لطلاب العلم والشادين فيه ، والراجعين اليه ، والمتتبعين لمسائله ، المسالك وعبّد الطرق فكان كتابه يعد في جملته مؤلفاً مبتكراً إلى حد كبير .

لقد أخذت عليه بعض هنات أو مآخذ لا تغض من قيمته ولا تنزل به عن حقيقته فلا يخلو كتاب من نقص أو هفوة أو مأخذ ما دام مبنياً على اجتهاد واستقلال في المنهاج ولا يدعي خلوّ كتابه من هذا إلا من لا يحسن التأليف ومن لا يدرك حقائق العلم وجمعها وسبحان من يخلو كتابه من كل هفوة لأنه تنزيل من حكيم حميد لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه . فمن يدّعي أن كتاباً له يخلو من هفوة أو باطل فمصيبته في نفسه أعظم من مصيبة العلم فيه .

وان هذا الكتاب بالنسبة إلى الأستاذ الدكتور عبد الرحمن الصابوني ابتداء يبشر بمستقبل طيب في الكتابة والبحث والدراسة .

وانه لسائر في ذلك ان شاء الله موفقاً مسدداً مرجوّ الخير والنفع العام وفقه الله وهداه وهو نعم المولى ونعم النصير .

الخرطوم ١ ذي الحجة ١٣٨٧
شباط (فبراير) ١٩٦٨

محمد ابو زهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الطبعة الأولى بقلم الدكتور مصطفى السباعي تغمده الله برحمته

الحمد لله رب العالمين وصلوات الله وسلامه على سيدنا محمد خاتم الانبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه .

قضية الطلاق من المشكلات التي عنيت بها الديانات والشرائع عناية متباينة الاتجاه مختلفة الحلول ، وزادت هذه المشكلة إتساعاً في عصرنا الحاضر بما خلقته الحضارة الحديثة من آثار بالغة الخطورة في هناءة الأفراد والأسر والمجتمعات .

وقد كان غلاة المتعصبين ضد الاسلام من مبشرين ومستشرقين واستعماريين ، يعيبون على الاسلام إباحته للطلاق ، ويعتبرونه دليل المهانة للمرأة والانحدار في أخلاق الرجل . ولكنا لم نعد نسمع لهم مثل ذلك التشهير بالاسلام منذ اعترفت أكثر الأمم الغربية المسيحية بالطلاق ، كحلٍ لا بد منه لانهاء الخلاف بين الزوجين والشقاء الذي تتعرض له الأسرة من جراء ذلك .

وكان المجتمع الاسلامي ، ولا يزال يعاني بعض الخلل في حياة الأسرة ، من سوء استعمال الزوج لحق الطلاق في بعض الأحيان ، وللتقيد بمذهب معين في أحكام الطلاق ، مما جعل أدعياء الاصلاح المستخفين بقدر أمتهم وعقائدهم وتراثهم يطالبون في فترة ما بمنع الطلاق تأثرا بصرخات المتعصبين من الغربيين ضد الاسلام . ولكن صوتهم

هذا أيضاً قد خفت بعد أن أخذت الأمم الغربية بمبدأ إباحة الطلاق ، غير أنهم انقلبوا إلى دعاة للحد من الطلاق وأن يكون ذلك عن طريق المحاكم كما هو الشأن في البلاد الغربية التي أباحت الطلاق .

والمصلحون الواعون من علماء الاسلام وقادته ، وذوي الرأي فيه يرون أن ما نشأ عن استعمال الطلاق في بعض الأسر الاسلامية ، يقتضي العودة إلى نظام الاسلام في الطلاق كما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية الصحيحة ، وعلى ضوء الروح التشريعية السامية ، التي تتجلى من نصوص أحكام الطلاق في هذين المصدرين التشريعيين الرئيسيين من مصادر التشريع الاسلامي ، دون تقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الاسلامي .

وكانت مصر أول بلد إسلامي شرعت بوضع بعض الأحكام المستمدة من غير مذهب أبي حنيفة رحمه الله في قضايا الطلاق ، ثم تبعتها سورية في قانون الأحوال الشخصية مما خفف كثيرا من إساءة استعمال الطلاق . ولا تزال الحاجة ماسة إلى نظرة شاملة في جميع المذاهب الاسلامية لوضع أحكام خاصة بالطلاق تصلح حياة الأسرة المسلمة وتجعلها أبعد عن الأذى والتعرض للخلل والظلم والتعسف في استعمال الرجل لهذا المبدأ الذي يعتبر من مفاخر التشريع الاسلامي في معالجته للمشكلات الاجتماعية بروح واقعية إنسانية .

وقد تصدى الاستاذ عبد الرحمن الصابوني مؤلف هذا الكتاب إلى القيام بهذه المهمة الشاقة في استعراض جميع ما جاء في الشرائع الالهية والمذاهب الاسلامية والقوانين الغربية والعربية متعلقاً بالطلاق وأحكامه استعراضاً شاملاً مع مقارنة عميقة متجردة بين مختلف الآراء والنظريات ، ومناقشة للأدلة المختلفة بروح مثابرة على البحث والنقاش . تستحق الاعجاب والتقدير .

ولست أحاول في هذه المقدمة تقدير مزايا الكتاب فذلك ما سيشعر به قارئه في كل بحث من أبحاثه ولكني أذكر له أربع ميزات رئيسية :

الأولى – أنه أول كتاب – فيما أعلم – أفاض هذه الإفاضة الواسعة في موضوع الطلاق بحيث يصح أن يعتبر مرجعــاً موثوقــاً في هذا الموضوع لايدانيه في شموله مرجع آخر .

الثانية – أنه يقوم على مبدإ أن الأصل في الطلاق الحظر . وبذلك اختار من كل مذهب ما يؤدي إلى تضييق نطاق الطلاق مع التدليل على صحة ما اختاره .

الثالثة – مناقشته لبعض الآراء الخاطئة حول الطلاق كدعوى أنه سبب في انتشار تشرد الأطفال وغير ذلك ، وقد كانت المناقشة معتمدة على الاحصاءات الرسمية وعلى المنطق الهادىء المتزن .

الرابعة – أنه يلفت الأنظار إلى آراء إجتهادية في المذاهب الاسلامية ويختارها بعد الاستدلال لها ، ولو أخذ بمجموع هذه الآراء لاستطعنا أن نخرج بنظام للطلاق تجعل التلاعب فيه أقل ما يمكن لذوي النيات السيئة .

تلك هي أبرز مميزات هذا الكتاب وهنالك مميزات كثيرة أتركها إلى القارىء ليطلع عليها بنفسه .

وقد يؤخذ على الكتاب طول ابحاثه والتوسع في مناقشة الآراء الاجتهادية كما فعل في أمر الطلاق الثلاث فقد أخذ أكثر من مائة صفحة من الكتاب ، ولكنه كتاب علمي يقدم لنيل شهادة علمية ولم يكتب للجمهور الذي يمل طول هذه المناقشات ولكن العلماء الباحثين يرون في طول هذه المناقشات لذة علمية وسياحة علمية في آن واحد .

وقد لا نوافق المؤلف على بعض ما اختاره وبعض ما استدل به على هذا الاختيار وحسبه أنه باحث عما يراه من الحق ، وحسبه ما بذله من تتبع مستمر وصبر عــلى مناقشة الادلة وتمحيص الآراء .

وقصارى القول أن المؤلف قد أتحف المكتبة الفقهية بهذا الكتاب الجامع الممتع الذي لم يسبق لمؤلف قبله أن استوعب هذه الابحاث كلها بهذه الروح العلمية الهادئة في كتاب واحد . فجزاه الله خيرا ووفقه لكل خير .

مصطفى السباعي
وكيل كلية الشريعة
ورئيس قسم الفقه الاسلامي ومذاهبه
في جامعة دمشق

دمشق ٢٩ محرم ١٣٨٢
١ تموز (يوليو) ١٩٦٢

• • •

مقدمة المؤلف

موضوع البحث ، اهميته ، الغرض منه ، خطة البحث

كثر كلام الناس – قديماً وحديثاً – حول حقوق المرأة في الاسلام – فذهب بعضهم إلى أن الشريعة الاسلامية سلبت حقوق المرأة حينما سلطت الرجل عليها اذ يتزوج متى أراد ويطلق متى شاء دون رقيب .

وفي كل عصر تسمع أصواتاً ترتفع وتخبو تطالب برفع هذا الظلم المزعوم عن المرأة ، ومساواتها مع الرجل ظناً منها أن العدالة الحقة حينما تتساوى المرأة بحقوقها وواجباتها مع الرجل .

والحق أن هذه الاراء المستوردة لا يراد بها رفع مستوى المرأة ، أو اعطائها بعض الحقوق ، بقدر ما يراد منها تغيير الوضع الذي يحكم نظام الاسرة في بلادنا ، ومن هنا تبدو خطورة المسألة ، فالسلاح موجه ضد الشريعة الاسلامية حيث تسود فيها قوانين الاسرة لا ضد الرجل لظلمه المزعوم للمرأة .

هذه الشريعة الاسلامية الخالدة التي ردت للمرأة حقوقها المغتصبة في وقت كان الناس يتناقشون في وضع المرأة هل هي انسان له روح أم حيوان نجس ليس له روح (١) .

---

(١) وقد طرح هذا السؤال في المؤتمر التقدمي الذي عقد في فرانسا عام ٥٨٦ م أي قبل مولد الرسول محمدعليه الصلاة والسلام بخمسة عشر عاماً وذلك لمناقشة وضع المرأة وهل هي انسان يسري عليه الخلود أمحيوان نجس ليس له روح ؟ .. وكان أهم قرار أصدره المؤتمر : ان المرأة انسان وليست حيواناً وإن أبدى المؤتمر تحفظاً هاماً فقال انها أنسان خلق لخدمة الرجل .
راجع مقالا قيماً بهذا الموضوع للاستاذ أحمد بهجت . الاهرام ١٢/١/١٩٦٨ .

وابرز مشكلة تبدو في نظام الاسرة هي الطلاق الذي يستبد به الزوج في نظر دعاة خصومه ، ولا نصيب للمرأة فيه اذ لا تشارك الرجل في هذا الحق مما يعد ظلماً وتجاوزاً في الحقوق المتبادلة بين الزوجين .

أهمية الموضوع :

وقد اخترت عنواناً لهذا البحث ـ مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الاسلامية ـ نظراً لأن الجزء الرئيسي من نظام الأسرة هو موضوع الطلاق وما يواجه اليوم من نقد يكاد يكون محصوراً بهذا النظام لأن شريعة الطلاق كما جاءت في الاسلام مما انفردت به عن بقية الشرائع والنظم القديمة منها والحديثة .

وتبدو اهمية الموضوع اذا عرفنا أنه موضوع كل أسرة وما ينشأ بين جوانبها في كل يوم من شقاق وخلاف قد ينتهي بالتفريق أو بالصلح .

الغرض من البحث :

والغرض من البحث يرمي إلى تحقيق ثلاثة اهداف :

١ـ اظهار مدى ما يتمتع به الزوجان من حقوق في الشريعة الاسلامية في نظام الطلاق .

٢ـ مقارنة قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية وردها إلى مصادرها .

٣ـ عرض لمختلف الاراء القديمة والحديثة في نظام الطلاق ومقارنتها مع الشريعة الاسلامية .

وفي سبيل الوصول إلى الهدف الاول فقد أبرزت ناحيتين هامتين :

آـ أن الرجل ليس حراً في طلاق زوجته اذ لا يملك هذا الحق مطلقاً من القيود .

ب– وان الزوجة ليست محرومة من ممارسة هذا الحق . بل ان كلاً من الزوجين قد أباح له الشارع الطلاق في حدود رسمها لهما ، فلا يتجاوز أحدهما حقه ، ولا يسيء استعماله ، فاذا ما تعسف أحد الزوجين في طلاق الآخر وتبين للقاضي ذلك حكم عليه بالتعويض .

واما مجال القوانين العربية :

فقد حاولت أن اسد النقص في كثير من الأمور حيث اقترحت موادا في هذا الموضوع لعلها تصلح أن تكون نواة لقانون عربي اسلامي موحد .

وفي سبيل ذلك فقد أوردت عدداً كبيراً من الاجتهادات القديمة والحديثة لنرى ماذا ذهبت اليه المحاكم لأن التطبيق العملي دائماً طليعة التشريع في كل عصر .

وفي موضوع المقارنة كنت دائماً أتطلع إلى أمرين :

أمر عام : وهو – بيان سبق الشريعة الاسلامية في نظام الطلاق الشرائع الاخرى والنظم القديمة ليبدو لنا هذا النظام في عصره الأول وما رافقه من أنظمة حين ظهوره . كما يبدو لنا الآن بمقارنته مع القوانين الاجنبية المعاصرة (١) .

وأمر خاص : هو محاولة توحيد قوانين الأحوال الشخصية لدى جميع الطوائف في البلاد العربية .

وقد استعرضت عددا من اجتهادات المحاكم والمجالس الملية وبينت إلى أي مدى توسع القضاء في التطليق ، بل ذهبت أكثر من ذلك فقلت ان مصادر هذه المواد التي

---

(١) يقول الاستاذ الكبير عباس محمود العقاد في مقدمة كتابه المرأة في القرآن الكريم ص ٩ « والحقوق والواجبات التي قررها كتاب الاسلام للمرأة قد أصلحت أخطاء العصور الغابرة في كل أمة من أمم الحضارات القديمة ، واكسبت المرأة منزلة لم تكسبها قط حضارة سابقة ، ولم تأت بعد ظهور الاسلام حضارة تغني عنها ، بل جاءت الحضارات المستحدثة على نقص ملموس في أحكامها ووصاياها » .

جعلت أسباباً للطلاق تتسم بالمرونة والتطور حيث لا أصل لها في الشريعة المسيحية كما هي عليه الآن .

وبهذا البحث أحاول الجمع بين الفقه والقضاء لأن الناحية التطبيقية العملية أمر هام في كل تشريع ، اذ كثيرا ما يتوسع القضاء بمرونة في بعض الأمور وسرعان ما يأتي المشرع فيعدل طبق ما سار عليه الاتجاه العملي .

خطة البحث :

رجعت في بحثي إلى القرآن والسنة اولاً باعتبارهما الينبوع الذي منه استقت المذاهب الفقهية تراثها التشريعي ، ثم إلى مجموعة اراء الصحابة والتابعين . ولم اعتمد على مذهب معين (١) ، فقد نقلت عن المذاهب الفقهية الثمانية وقد أتبعت كل رأى او حكم بعدد من النصوص من مختلف المذاهب .

والرسائل العلمية يجب أن تكون في رأيي مليئة بالنصوص التي تؤيد الرأي الذي يذهب اليه المؤلف والاراء المخالفة له ، وذلك لينقل القارىء إلى تلك المؤلفات المطبوع منها والمخطوط مما لا وجود له في مكتبة واحدة الأمر الذي يصعب الرجوع اليه .

وسبب آخر دعاني إلى هذه الطريقة هو ما وجدته من ضعف في نقل المذاهب المقارنة لدى بعض المؤلفات الحديثة التي ظهرت حتى الآن فكان لا بد لي من ايراد نصوص بكاملها لتصحيح بعض الاخطاء (٢) .

---

(١) قال الشافعي إذا صح الحديث فاضربوا بقولي الحائط وقال أبو حنيفة : إذا جاء الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فعلى الرأس والعين ، وإذا جاء عن الصحابة فعلى الرأس والعين وإذا جاء عن التابعين فهم رجال ونحن رجال . ويقول الامام أحمد : عجبت لقوم عرفوا الاسناد وصحته (أي حديث رسول الله) ثم يذهبون إلى رأى سفيان . ويقول الامام مالك : كل إنسان يؤخذ من كلامه ويترك إلا صاحب هذا القبر — وأشار إلى قبره صلى الله عليه وسلم .

(٢) وهذه طريقة تلقيناها عن استاذنا الجليل فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة في معهد الشريعة الاسلامية حيث كنا نقرأ النصوص القديمة لفهم معناها واستنباط الأحكام منها . وقد تابعنا دراسة هذه الطريقة ذاتها مع استاذنا الجليل الدكتور عبد الرزاق السنهوري في معهد الدراسات العربية . وسار عليها في مؤلفاته الفقهية الحديثة كمصادر الحق في الفقه الاسلامي .

ولما كانت قوانين الاحوال الشخصية مستمدة من الشريعة الاسلامية فقد ذكرت عقب كل فصل ما نصت عايه القوانين وبينت مصدرها ورأينا حول بعض موادها .

ثم تعرضت إلى قضاء المحاكم وما ذهبت اليه في التطليق ومتى تطبق تلك القوانين وبينت مدى ما توسعت في التطليق بناء على طلب أحد الزوجين في الامور التي نصت عليها القوانين .

وبعد بيان أحكام الشريعة الاسلامية بمذاهبها المختلفة وقوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية والتطبيق العملي في المحاكم لتلك القوانين ، بحثت نظام الطلاق في المواضع المتشابهة لدى الأمم القديمة : كاليونان والرومان ثم الشرائع السماوية اليهودية والمسيحية .

واما في مجال المقارنة مع القوانين الاجنبية فقد أخترت خمسة قوانين تمثل اتجاهات سياسية واجتماعية معينة وهي بالوقت ذاته تمثل المذاهب المسيحية الثلاثة لأبين مدى ما توسعت به الأمم المسيحية في نظام الطلاق الذين كانوا إلى وقت قريب يحاربون نظام الأسرة في الاسلام لانه يبيح الطلاق .

وعلى هذا فسوف أعرض في بحثي القوانين الآتية :

١) القانون الفرنسي : حيث يطبق في بلاد يسود فيها المذهب الكاثوليكي .
٢) القانون الانجليزي : حيث يسود في انكلترا المذهب البروتستانتي .
٣) القانون اليوناني : حيث يسود المذهب الارثوذكسي .
٤) القانون الالماني : واكثر الالمان يدينون بالبروتستانت .
٥) القانون السوفيتي : ويمثل النظام الشيوعي .
٦) القانون الايطالي : حيث يحرم الطلاق .

وهذه القوانين فضلاً عن أنها تمثل النزعات الفكرية الاجتماعية والمذاهب المسيحية الثلاثة فانها تطبق في بلاد تسود فيها الشرائع القانونية المعروفة : فالشريعة اللاتينية في فرنسا وايطاليا والجرمانية في المانيا واليونان والانجلو – سكسونية في أنجلترا والاشتراكية في روسيا (١) .

وقد قسمت البحث إلى خمسة أبواب بعد أن تكلمت في التمهيد عن الناحية التاريخية لنظام الطلاق لدى الامم القديمة وبعض القوانين الحديثة .

ففي الباب الاول تكلمت عن مشروعية الطلاق وانواعه وهل الاصل فيه الاباحة أو الحظر .

وفي الباب الثاني تكلمت في الطلاق بالارادة المنفردة سواء من جانب الزوج أم من جانب الزوجة .

وفي الباب الثالث : الطلاق باتفاق الزوجين .

وفي الباب الرابع : تطليق القاضي بين الزوجين .

وفي الباب الخامس : الطلاق بحكم الشرع والقانون .

وأتبعت البحث بملحق فيه احصاء عن نسبة الطلاق في بعض البلاد العربية وبياناً رأينا فيه . ثم ختمت البحث بخاتمة أوجزت فيها بعض النتائج التي توصلت اليها .

وقد قامت جامعة دمشق مشكورة بطبع هذه الرسالة طبعة خاصة وها اني أقدم اليوم لقراء العربية الطبعة الثانية منقحة مزيدة بما أضفت عليها وحذفت منها مستفيد بما تلقيته من ملاحظات قيّمة من كثير من المشتغلين بالدراسات الاسلامية وشؤون الأسرة في العالم الاسلامي والعربي والاجنبي .

---

(١) مذكرات الدكتور الشرقاوي ص . ١٨ في الاحوال الشخصية لغير المسلمين .

ولم يثنني عن عزمي وخطتي في البحث من الاستدلال بالنصوص الفقهية محررة من مختلف المخطوطات والمطبوعات الفقهية على اختلاف مذاهبها ، مالقيته من بعض السادة المؤلفين ممن أخذوا عن كتابي هذا دون الاشارة اليه ، علماً بأني على يقين تام بما نقلت من آلاف النصوص مما لا يتيسر إلا للقليل جداً الرجوع إلى تلك المصادر ،

واني وان كنت قدمت للعلم مجرداً عن أي شيء آخر ، ولكن من الانصاف والامانة للعلم أن نحفظ للغير ممن نأخذ عنه سبقه وجهده في هذا المضمار .

وفقنا الله جميعاً لما فيه الخير والسداد والصواب

« وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون »

السودان ـ الخرطوم
١ محرم ١٣٧٨
٣٠ آذار ١٩٦٨

تمهيد

١ ـــ الطلاق من الناحية التاريخية

ا ـ الطلاق لدى اليونان والرومان
ب ـ الطلاق في اليهودية والمسيحية
ج ـ الطلاق عند العرب قبل الاسلام

٢ ـــ الطلاق في بعض القوانين الحديثة

ا ـ الطلاق في القوانين الاجنبية
ب ـ الطلاق في القوانين العربية

١ - الطلاق من الناحية التاريخية

آ - الطلاق لدى اليونان والرومان

الطلاق لدى اليونان

كانت المرأة لدى اليونان في العصر القديم تباع وتشترى (١) ، والزواج كان يتم عن طريق الشراء فالأب يبيع ابنته والخاطب يشتريها .

وثمن الزوجة الذي يدفعه الخاطب كان عبارة عن عدد من الابقار أو الثيران يختلف عدداً حسب مكانة المرأة وجمالها (٢) . أما في العصر الكلاسيكي فقد الغي نظام الشراء في الزواج ومع هذا فقد احتفظ الزوج بسلطته المطلقة على الزوجة فكان له حق فرض العقوبة عليها من ضرب أو حبس حسب ما يراه دون أي رقيب .

وطبيعي ممن يملك هذه السلطات المطلقة أن يطلق زوجته ، وعلى هذا فالطلاق لدى اليونان كان سهلا ميسورا ، فالزوج يطلق زوجته ويزوجها ان شاء لمن اراد حال حياته أو يوصي بها إلى شخص آخر بعد مماته (٣) .

---

(١) واذا اراد أحد أن يشتم آخر كان يناديه يا امرأة فقد جاء في الالياذة حينما لم يتقدم أحد من الاغريق لمنازلة هكطور صاح فيهم سانيلا قائلا : « لاشك في أنكم الآن نساء لارجال ، ياللعار الشائن اذا لم يوجد فينا رجل يقف في وجه هكطور هذا » .

الياذة هوميروس ص ٨٦ ترجمة عنبرة سلام الخالدي دار المعارف طبعة ١٩٤٧ .

(٢) قصة الحضارة ٢/١-١- المجلد الثاني المرأة لدى اليونان ص ٣٩ .

(٣) المصدر السابق ص ١١٧ .

وأحياناً يتخذ الازواج من زنا زوجاتهم أو من عقمهن سبباً مبرراً للطلاق حيث يسترد الزوج ما دفعه لزوجته ثمناً لها .

ويعللون الطلاق للزنا او للعقم بان الزوجة لم تحقق الهدف والغاية المرجوة من زواجها وهو ايلاد البنين .

أما اذا كان الرجل عقيماً فكان يجوز للزوج أن يستعين بأحد أقربائه للاتصال بزوجته لانجاب الاولاد على أن ينسب الولد الناتج من هذه العملية للزوج لا لقريبه (١).

وكانت الزوجة تملك حق طلب الطلاق من القاضي في حالتين :

١) اذا قصر الزوج في واجباته الزوجية او انغمس في حياة الرذيلة واللهو والمجون .

٢) اذا أساء لزوجته اساءة بالغة .

ولكن هذا الحق كان نظريا لان الزوج اذا ما شعر بنفور زوجته عنه أو خشي أن تذهب للقاضي تطلب التفريق كان يضربها ويحبسها في داره كما يحب ويريد .

جاء في كتاب المرأة لدى اليونان (٢) — ومن ذلك ما يروى أن السبياد عندما قابل زوجته في السوق في طريقها إلى القاضي وبيدها طلب الطلاق حملها عنوة وقفل عائداً بها الى منزله دون أن يفكر أحد من الحاضرين في أن يحول بينه وبين ذلك —

●●●●●●●●

---

(١) قصة الحضارة ٢/١١٥/ المجلد الثاني .

(٢) المرأة لدى اليونان ص ١٣٠ .

الطلاق لدى الرومان (١)

عرفت الامبراطورية الرومانية الطلاق في مختلف عصورها وقد طرأ على هذا النظام تعديلات مختلفة تبعاً لاختلاف الملوك أو تغيير القوانين أو تطور العصور (٢) .

ففي العصر القديم كان الطلاق بيد الزوج يطلق متى شاء ، أما الزوجة فلم تكن تملك حق الطلاق . وانما كان لوليها أن يفرق بينها وبين زوجها ولو لم ترض بذلك نظراً للسلطة الابوية التي كانت سائدة آنذاك (٣) .

وفي العصر الكلاسيكي منحت الزوجة حق الطلاق مع احتفاظ الزوج بهذا الحق وقد ازدادت نسبة الطلاق كثيراً فيما بعد حيث لم تكن هناك أسباب محددة بل كان الامر يتعلق بمشيئة احد الزوجين دون قيد أو بيان أي سبب .

وعندما طلق بولوس اميليوس زوجته بابيريا جاءه بعض اصدقائه ينصحونـــه بالعدول ذلك لأنها شابة جميلة وعاقلة وولود فقال لهم «حذائي جديد وجيد الصنع ومع ذلك فاني مضطر إلى تغييره ، فليس هناك أحد سواي يعلم أين يؤلمني» (٤) .

وفي عصر الامبراطورية السفلى طرأت تعديلات على نظام الطلاق تحت تأثير رجال الكنيسة وقد مر ذلك على مراحل مختلفة :

١) ففي عام ٣٣١ م أصدر الامبراطور قسطنطين ، وهو أول أباطرة المسيحيين قانوناً قيد به حرية الزوجين في الطلاق وذكر اسباباً معينة لكل من الزوجين اذا مـــا توافرت لديه يجوز له طلب التطليق من القاضي .

---

(١) قصة الحضارة الجزء الاول المجلد ٩ ص ١٢٠ .

(٢) القانون الروماني للدكتور صوفي أبو طالب .

(٣) مدونه جوستنيان ترجمة عبد العزيز فهمي ص ٢٠٠ .

(٤) المرأة لدى الرومان ص ٢٣٣ للدكتور محمود سلام زناتي .

ولكن على ما يبدو أن هذه الاسباب لم تكن الزامية بمعنى اذا لم توجد فلا طلاق ، بل كل ما يترتب على تجاوزها توقيع عقوبة مالية، فاذا طلق الزوج زوجته بدون سبب رد الدوطة للزوجة كاملة ، واذا طلقت الزوجة زوجها فانها تفقد دوطتها (١) أيضاً .

٢) ولما تولى جوليانوس الحكم سرعان ما أعاد الحرية كاملة لنظام الطلاق ، لان ما أحدثه الامبراطور السابق اصطدم بعادات وتقاليد الرومان فطالبوا بالغائه فالغي في عصر هذا الامبراطور .

٣) ولما جاء جوستينيان أصدر قانوناً جعل فيه الطلاق على ثلاثة أنواع :

١- الطلاق المباح : وهو طلاق من أحد الزوجين لاسباب لا تتضمن خطأ من جانب الآخر أي هو طلاق يقع بارداة أحد الطرفين لاسباب تبرره وتقوم في الطرف الآخر كالجنون أو العجز او العقم .

٢- الطلاق لسبب مشروع : هو الطلاق من أحد الزوجين لامر ارتكبه الطرف الاخر أي أنه يكون كعقوبة لخطأ ارتكبه أحد الزوجين . ولكن القانون توسع كثيراً في تعداد هذه الاخطاء حتى اعتبر ذهاب الزوجة إلى حمام عمومي خطأ يجيز التطليق .

فاذا كان الخطأ من جانب الزوجة فقدت دوطتها أما اذا كان الزوج هو المخطىء فانه يلزم برد الدوطه ودفع المهر .

٣- الطلاق غير المشروع : اذا لم يتوفر سبب من الاسباب التي ذكرها القانون في الطلاق المباح أو الطلاق المشروع فلكل من الزوجين الحق في أن يطلق الآخر تحت طائلة العقوبة المالية الشديدة . فالمرأة اذا طلقت زوجها بدون سبب فقدت دوطتها واموالها حيث توزع على أقاربها ، وكذلك الزوج اذا طلق بدون سبب فانه يفقد المهر والدوطة وجزءاً من ثروته (٢) .

---

(١) القانون الروماني البدراوي وبدر ص ٢٤٨ .
(٢) الوجيز في الحقوق الرومانية للدكتور محمد معروف الدواليبي ص ٤٧٥.

٤) — أما الطلاق بالاتفاق : فقد الغاه جوستنيان ثم أعيد في عهد خلفه جوستنيان الثاني (١) .

ب — الطلاق في اليهودية والمسيحية

الطلاق في اليهودية :

ينقسم اليهود إلى طائفتين : الربانيين والقرائين ، والخلاف بينهما يقوم على أساس الايمان بالتلمود أو عدم الايمان به فالربانيون يعتقدون بالتوراة والتلمود .

أما القراءون فلا يعتقدون بالتلمود كتاباً سماوياً بل يرون فيه كتاباً فقهياً كسائر المؤلفات الفقهية وقد انفصلت الطائفتان في القرن الثامن بعد الميلاد (٢) .

والخلاف بين الطائفتين لا يقتصر على الايمان بكتاب سماوي أو أكثر فحسب بل يقوم على أسباب أخرى نشأ عنها الاختلاف في القواعد القانونية والفقهية وقد حصر أهم المسائل الخلافية السيد مراد فرج في كتابه القراءون والربانيون في اثنتين واربعين مسألة .

والزواج بين الطائفتين محرم لا يجوز ، وسبب ذلك أن القرائين يجيزون للقاضي أن يفرق بين الزوجين اذا ما طلبت الزوجة لاسباب معينة وامتنع الزوج عن الطلاق وهذا لا يجوز لدى الربانيين ولذا فانهم يقولون ان نسل القرائين حرام فقد تتزوج الزوجة التي طلقها القاضي دون رغبة زوجها وتنجب ذرية وهي لا تزال على عصمة زوجها الاول اذا لم يصدر منه طلاق .

هل يجوز الطلاق بارادة الرجل المنفردة لدى اليهود ؟ . .

يقول الاستاذ تادرس في كتابه الاحوال الشخصية لغير المسلمين (٣) .

---

(١) انحلال الزواج لدى الاقباط الارثوذكس للدكتور اهاب اسماعيل ص ٩٨ .
(٢) القراءون والربانيون ص ١٥٥ .
(٣) تادرس ميخائيل ص ٢٠٥ .

منحت الشريعة الموسوية الرجل الحق في أن يطلق امرأته بمحض ارادته وبدون أن يتوقف هذا الطلاق على قبولها .

ويقول الدكتور اهاب اسماعيل (١) « والرأى الصحيح هو أن الزوج اليهودي ، شأنه في ذلك شأن الزوج المسلم له الحق في ايقاع الطلاق على زوجته بمحض ارادته المنفردة ، فتكون الشريعة الموسوية لذلك قد أقرت نظام الطلاق » .

ويقول : « ان الزوج اليهودي يستقل بارادته المنفردة في ايقاع الطلاق بزوجته بغير حاجة إلى خضوع حقه هذا لهيمنة أية سلطة أو لاي تقدير » .

ويقول أيضاً تحت عنوان انقسام الفقه والقضاء (٢) . ولم يتفق الفقه على كلمة واحدة في هذا الصدد وكذلك القضاء . ثم يأتي بنص للاستاذ أحمد صفوة : الطلاق جائز للرجل بمحض مشيئته انما يجب أن يوقعه أمام السلطة الشرعية . وعند القرائين لا يجوز للرجل أن يطلق زوجته إلا بمسوغ (٣) .

وينتقد الدكتور اهاب هذا الرأى بقوله « اذ في الوقت الذي يشير هذا الرأى إلى المسوغ نجده يشير أيضاً أن الطلاق جائز للرجل بمحض ارادته ، وهذا الاطلاق يتعارض مع فكرة المسوغ .

رأينا فيا ذهب اليه الاستاذ تادرس ميخائيل والدكتور اهاب اسماعيل

قلنا ان اليهود طائفتان : الربانيون والقراؤون وهناك اختلاف بين الطائفتين في أمور كثيرة أهمها الطلاق .

الطلاق لدى الربانيين : فالطلاق لدى طائفة الربانيين يجوز بارداة الرجل المنفردة وان كان ذلك مكروهاً وما جاء من نصوص في كتابهم الاحوال الشخصية لابن شمعون

---

(١) مبادىء الاحوال الشخصية للطوائف الملية ٢٦٢ .

(٢) المصدر السابق ٢٧٠ .

(٣) أحمد صفوت الاحوال الشخصية للطوائف الملية ، ص ١١٠

انما يمثل وجهة نظر هذه الطائفة فقط وقد جاء فيه : م ٢٢٤ « والطلاق في يد الرجل » م ٣٢٥ « قبول المرأة الطلاق ليس شرطاً » ثم جاءت نصوص أخرى في نفس الكتاب تدعو الزوج إلى عدم الطلاق إلا لسبب كما جاء في المادة ٣٢٨ « لا يليق بالرجل أن يطلق أول زوجة له بغير مقتضى » والمادة ٢٢٧ : يجوز تسويف أمر الطلاق سنة أو أقل يفرق فيها بين الزوجين حال كراهة الزوجة إياه أو في حال المرض .

وقد يبدو بعض التعارض بين هذه النصوص ولكن في الحقيقة ان المراد بالمواد الاخيرة هو الارشاد الديني أي أنه لا يجوز ديانة للشخص أن يطلق زوجته بدون سبب أما قضاء فالطلاق صحيح دون البحث عن الاسباب التي دعت إلى الطلاق [١] .

الطلاق لدى القرائين : أما الطلاق لدى طائفة القرائين فيختلف أمره فلا يجوز له أن يطلق زوجته بدون عذر شرعي يقدره القاضي – كما يجوز للزوجة أن تطلب الطلاق أيضاً كالرجل – فالطلاق لدى طائفة القرائين يتم بناء على طلب الزوج أو الزوجة التطليق من القاضي لاسباب معينة ذكرها الشارع ، الا اذا اتفق الزوجان على الطلاق فيصح أمام القاضي بدون بيان الاسباب الداعية اليه .

جاء في شعار الخضر [٢] ، وهو المرجع لطائفة القرائين ، لا تطلق المرأة بمجرد أن وجد بها عيباً .

وجاء فيه : ولهذا عنى الفقهاء ببيان ما هو عيب فقالوا هو ما لا يتحمل وقسموه إلى الاقسام التالية :

(١) ما كان بالنفس ماساً بالدين ...

(٢) ما كان في الخلق أو الخلق ...

(٣) الابتذال في الاسواق والطرق واتيان ما يمس الشرف .

---

(١) مبادىء الاحوال الشخصية للطوائف الملية .

(٢) شعار الخضر ص ١٢٦ .

ويقول مؤلف الكتاب : « ومحل الطلاق من هذه العيوب هو ما دون الهين المحتمل حسبما يراه أولو الامر من أهل الشرع لا طالب الطلاق فهو قد يجسم التافه ويعظم اليسير »

وجاء في حاشية الكتاب المذكور [1] قيد الطلاق شرعاً بالمسوغ وبين الفقهاء ما هو ، ووكلوه مع ذلك الى القائمين بأمر الشرع منعاً من ظلم الرجل للمرأة .

وهكذا نجد أن الطلاق بارداة الزوج المنفردة جائز لدى طائفة الربانيين . وغير جائز لدى طائفة القرائين .

والذي ذهب اليه الاستاذ تادرس من أن الطلاق في اليهودية يقع بارداة الزوج يحتاج إلى تفصيل وكذلك ما ذكره الدكتور اهاب من أن اليهودية لا تعرف نظام التطليق وكل طلاق يقع بارداة الرجل المنفردة فغير صحيح .

وأما ما ادعاه الدكتور اهاب من وجود تعارض فيما نقله عن الاستاذ احمد صفوت فلم اجد فيه الا الوضوح والصواب فيما ذكره [2] .

فالاستاذ احمد صفوت حينما قال : الطلاق جائز للرجل بمحض ارادته انما يقصد طائفة الربانيين . وحينما قال : وعند القرائين لا يجوز للرجل ان يطلق زوجته الا بمسوغ ، يتضح الأمر ويظهر لنا أنه يميز الطائفتين حيث الطلاق مباح بارادة الرجل لدى الطائفة الأولى ، ولا يجوز الطلاق الا بمسوغ لدى الطائفة الثانية .

والخلاصة : ان الطلاق في الشريعة اليهودية سواء أكان بارادة الرجل المنفردة كما ذهبت الى ذلك طائفة الربانيين ام لا بد فيه من سبب شرعي يقدره القاضي كما قال القراءون فانه لا يقع الا امام القاضي حيث يسلم الزوج لزوجته وثيقة الطلاق .

---

(١) شعار الخضر ١٢٩ .

(٢) أشار الاستاذ أحمد صفوت في مطلع كلامه أنه يتكلم عن طائفة الربانيين ثم أشار إلى خلاف القرائين – أحمد صفوت ص ١٠٩ .

جاء في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية [1] : انه طبقاً للشريعة الموسوية وهي الواجبة التطبيق على موضوع هذه الدعوى لا يرفع قيد الزواج الا بالطلاق ولا يصح الطلاق شرعاً الا امام السلطة الشرعية ، وذلك بأن يسلم الرجل بيده وثيقة الطلاق الى يد مطلقته قائلاً لها استلمي وثيقة طلاقك فأنت طالق ، المواد ٣٢١ و ٣٢٥ و ٣٣٦

وفي حكم لمحكمة الاستئناف في القاهرة [2] ، يؤيد ما ذهبت اليه من ان طائفة القرائين لا يجوز الطلاق فيها بارادة الرجل المنفردة اذا لم يتفق الزوجان على الطلاق فقد جاء فيه :

« انه ظاهر من نصوص شريعة الاسرائيليين ان الطلاق لا يقع عند الاسرائيليين القرائين في حالة عدم قبول الزوجة الا بمسوغ مقبول شرعاً وعرفاً وبعد ان يقدر القاضي هذا المسوغ تقديره الحق . »

ويتبين من مراجعة الحكم المستأنف انه اكتفى بالطلاق الذي اوقعه الزوج في الجلسة فقضى مباشرة باثبات هذا الطلاق الواقع بالجلسة بقوله ان من حق الزوج ان يوقع الطلاق على زوجته وما على المحكمة الا ان تثبت هذا الطلاق .

وان هذه المحكمة ترى ان نظر محكمة اول درجة في غير محله . وان الطلاق لا يقع عند طائفة الاسرائيليين القرائين الا بقبول من الزوجة فان كانت غير قابلة فلا يقع الطلاق الا بمسوغ يشرف عليه القاضي ويقدر ظروفه » .

* * *

---

(١) محكمة القاهرة الابتدائية : ١٩٥٦/١/٢٤ والحكم في نزاع بين يهوديين من طائفة الربانيين بدليل الاستدلال بقانونهم .

(٢) استئناف القاهرة ١٩٥٨/٥/٢١ وجاء في الحكم ، وحيث أن الاسرائيليين ينقسمون إلى طائفتين : طائفة القرائين وطائفة الربانيين ولكل طائفة منهما قانون وأوضاع خاصة بهم .

التطليق في المسيحية

لا تعرف المسيحية الطلاق بارادة الرجل المنفردة كما هو الحال في اليهودية والشريعة الاسلامية وكما كان معروفاً لدى الرومان لأن الزواج لديهم الأصل فيه انه رابطة مؤبدة لا تزول الا بالموت .

جاء في الخلاصة القانونية [1] : « اعلم ان الطلاق ممنوع في الشريعة المسيحية فليس للانسان ان يطلق امرأته بمجرد اختياره او يفارقها بحسب ايثاره . »

أما التطليق بحكم القاضي (الرئيس الملي) بناء على طلب احد الزوجين فقد نشأ الخلاف في المسيحية حول جوازه وانقسمت الكنائس في هذا الموضوع ثلاثة مذاهب :

١) الكاثوليك : وهم الذين لا يبيحون التطليق لأي سبب كان .

٢) البروتستانت : يجوز عندهم التطليق لسببين فقط .

٣) الارثوذكس : وقد اباحوا لأحد الزوجين ان يطلب التطليق لأمور كثيرة ذكروها في كتبهم .

وسنعرض بايجاز رأي كل مذهب من هذه المذاهب الثلاثة مع ادلة كل منها [2] :

---

(١) الخلاصة القانونية ص ٣١ .

(٢) في المسيحية ثلاثة مذاهب :

١) الكاثوليكية وتتبع الرئاسة في روما .

٢) الارثوذكسية وهي طوائف مستقلة بعضها عن بعض .

٣) البروتستانتية ولهم في كل قطر رئاسة مستقلة .

والى القرن الخامس كانت الكنائس المسيحية متحدة لا خلاف فيما بينها. وقد أصدر احد المجامع الدينية في سنة ٤٥١ قراراً يتعلق بطبيعة السيد المسيح وانه ذو طبيعتين طبيعة بشرية وطبيعة الهية . فأعلنت الكنيسة المصرية عدم موافقتها على ذلك — وقالت أن للمسيح طبيعة واحدة وهي الطبيعة الالهية. وقد أنشأوا كنائس خاصة بهم وعرفت الكنيسة المصرية القبطية .

المذهب الاول : ادلة الذين لا يبيحون التطليق :

١) ما جاء في بعض الاناجيل :

١) في انجيل لوقا [(١)] — كل من يطلق امرأته ويتزوج بأخرى يزني . وكل من يتزوج بمطلقة من رجل يزني .

٢) وفي انجيل مرقص [(٢)] — « فتقدم الفريسيون [(٣)] وسألوه : هل يجوز للرجل ان يطلق امرأته — ليجربوه — فأجاب وقال : بماذا اوصاكم موسى فقالوا : موسى اذن ان يكتب كتاب طلاق فنطلق . فأجاب يسوع وقال لهم : من اجل قساوة قلوبكم كتبت لكم هذه الوصية ، ولكن من بدء الخليقة ذكرا وانثى خلقهما الله . ومن اجل هذا يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته . ويكون الاثنان جسدا واحدا اذ ليسا بعد اثنين بل جسد واحد فالذي جمعه الله لا يفرقه انسان .

ثم حدث خلاف حول الرئاسة الكنيسية في العالم فطالب اسقف القسطنطينية أن يكون هو الرئيس الاعلى للمسيحيين وقام البابا في روما معارضاً ذلك . وكان من نتيجة ذلك أن تم الانفصال بين الكنيستين عام ١٠٥٤ م. وغلب على الكنيسة الغربية أسم الكاثوليكية أي الجامعة وعلى الكنيسة الشرقية أسم الارثوذكسية أي صاحب الرأى المستقيم .

وفي القرن السادس عشر انتشر المذهب البروتستانتي بعد أن انشق عن الكاثوليكية وأهم مبادئهم :

١) عدم الاعتراف بغير الكتاب المقدس مصدرا للتشريع ولا يجوز لرجال الدين أن يحتكروا تفسيره فلكل مسيحي أن يفسره حسب ما يفهمه .

٢) لا يجوز لرجال الدين الصلاة بلغة لا يفهمها المصلون بل لا بد أن يفهم المصلي ما يقوله القسيس أثناء الصلاة .

٣) لكل كنيسة رئيسها فهم لا يعترفون بوحدة الرئاسة للكنيسة .

المراجع : محاضرات في النصرانية للشيخ محمد أبو زهرة ص ١٨١ . المسيحية للدكتور أحمد شلبي ص ١٢٣ أحمد صفوت ص ٥٣ — الاحوال الشخصية لغير المسلمين حلمي بطرس ص ٣١ .

(١) انجيل لوقا الاصحاح ١٦ العدد ١٨ .

(٢) انجيل مرقص الاصحاح ١٥ العدد ٣—١٢ .

(٣) الفريسيون : فرقة من اليهود .

ثم في البيت سأله تلاميذه أيضاً عن ذلك . فقال لهم من طلق امرأته وتزوج بأخرى يزني عليها وإن طلقت امرأة زوجها وتزوجت بآخر تزني .

٢ – الزواج سر مقدس من الاسرار الكنسية لا يجوز انحلاله : يعتبر الزواج في المسيحية سراً مقدساً يرتبط به الزوج بزوجته فلايجوز لهما الإنفصال بعد ذلك مهما تكن الأسباب .

جاء في أسرار الكنيسة السبعة [١] – الزواج سر مقدس به يرتبط ويتحد الرجل والمرأة اتحاداً مقدساً بنعمة الروح القدس .

ويقول بولس الرسول للرجال : أيها الرجال أحبوا نساءكم كما أحب المسيح أيضاً الكنيسة وأسلم نفسه لأجلها لكي يقدسها . ومن هذا يرى المسيحيون مدى ارتباط الزوج بزوجته كارتباط المسيح بالكنيسة فلا يقبل الانفصال .

وقال في أسرار الكنيسة معلقاً على قول بولس [٢] فمن قول الرسول هذا يتضح جلياً ان تبادل الزيجة يصور اتحاد المسيح بالكنيسة وعلى هذا المعنى يكون الزواج سراً عظيماً لأنه ما دام رباط الزيجة هو صورة حقيقية في جوهره يصور سرياً اتحاد المسيح بالكنيسة وهذا الاتحاد هو بلا ريب مقدس وبريء من الدنس – فمن الضرورة أن نسلم بأن الزيجة أيضاً قد تقدست في الشريعة المسيحية وامتلأت نعمة بوجه سري واستوفت شروط السر « وأنها سر من الأسرار المقدسة » .

٣) الاستناد الى القانون الطبيعي droit naturel والقانون الإلهي الوضعي droit divin positif قالوا ان قواعد القانون الطبيعي تقتضي أن الزواج ، لا يحقق غايته وأهدافه الا اذا كان علاقة دائمة لا تقبل الانفصال .

كما أسندوا ذلك الى القانون الإلهي الوضعي بما جاء في سفر التكوين حين يقص ان

---

(١) اسرار الكنيسة السبعة ص ١٨٩ .
(٢) اسرار الكنيسة ص ١٩١ .

الله خلق حواء بعد آدم لأنه سبحانه وتعالى وجد أنه ليس حسناً أن يكون آدم وحده ووضع على لسان آدم تعقيباً على صنع الله قوله « هذه الآية عظم من عظمي ولحم من لحمي من أجل هذا يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكونان جسداً واحداً » [1] .

غير ان الاستاذ حلمي بطرس يرد على ذلك بقوله [2] — غير ان الاستناد الى هاتين النظريتين كان مثار اعتراضات كثيرة فان القول بأن قواعد القانون الطبيعي تستوجب دوام العلاقة الزوجية لتحقيق الغايات التي تقصد منها لا يفسر الابقاء على العلاقة الزوجية حين يكون أحد الزوجين عقيما .

كما ان الاستناد الى سفر التكوين لا يفسر الطلاق الذي أباحته الشريعة الموسوية ولا يفسر قابلية العلاقة الزوجية بين غير المؤمنين للحل .

ويقول : ومن أجل هذا بقي الفقه الكنسي في عهده التقليدي عند نظريته في بناء تأييد الزواج على كونه سراً مقدساً .

المذهب الثاني [3] **:** ذهب البروتستانت الى ان التطليق يجوز في حالتين . في حالة الزنا ، وحالة تغيير الدين . فاذا ما زنى أحد الزوجين او غير دينه فللآخر أن يطلب من القاضي التطليق .

١ — التطليق للزنا — ودليل هؤلاء فيما ذهبوا اليه ما جاء في انجيل متى [4] أن المسيح صعد على ربوة وأخذ يعظ الناس بما سميت بموعظة الجبل التي تعتبر دستوراً للمسيحية .

قال « من طلق امرأته الا لعلة زنا فقد جعلها زانية . ومن تزوج مطلقة فقد زنا » .

وقد سأله الفريسيون : هل يحل للانسان ان يطلق زوجته فأجابهم : « وأنا أقول

---

(١) أهاب اسماعيل ص ٨٨ .

(٢) حلمي بطرس ١٠٤ .

(٣) ولطائفة البروتستانت في مصر قانون وافقت عليه الحكومة المصرية في ١٩٠٢ وهو مستمد من قوانين الاقباط الارثوذكس ومن الشريعة الاسلامية ؛ الاحوال الشخصية لغير المسلمين شفيق شحاته ١/٥١ .

(٤) الاصحاح الخامس عدد ٣٢ .

لكم من طلق امرأته إلا لعلة زنا وأخذ أخرى فقد زنا ومن تزوج مطلقة فقد زنا [1] » .

فهذه النصوص صريحة في جواز الطلاق حالة الزنا وقد انفرد انجيل متى بذلك حيث لم يرد مثل ذلك في سائر الاناجيل [2] .

وقد نهى الرسول بولس عن مخالطة الزناة بقوله « ولا تخالطوا الزناة » . [3]

٢ ـ التطليق لتغيير الدين :

وأساس التطليق في هذه الحالة ان من يغير دينه المسيحي يعتبر ميتاً حكماً ومن مات حقيقة فقد انفسخ نكاحه فقياساً على الموت الحقيقي قاسوا الموت الحكمي وقالوا : كل من غير دينه فللزوج الآخر الذي بقي على دينه المسيحي أن يطلب التطليق . [4]

تأويل الكاثوليك لما ورد في انجيل متى [5] :

١) ان السيد المسيح بقوله : من طلق امرأته الا لعلة زنا فقد جعلها زانية ، قصد بكلمة طلق أي هجر وافترق مع بقاء رباط الزوجية .

٢) لو قصد السيد المسيح بقوله «طلق» الإنحلال الزوجي لتعارض مع قوله ـ ومن تزوج مطلقة فقد زنا ـ إذ كيف يسمح بالطلاق تارة ويحرمه تارة اخرى ولكن اذا

---

(١) الاصحاح ١٩ العدد ٩ .

(٢) عبقرية المسيح للعقاد ص ١٤٧ طبعة دار الهلال .

(٣) رسالة بولس الرسول الاولى الاصحاح ٥ العدد ٤ .

(٤) وهذا ما جعل بعض المؤلفين يجعلون الزنا لدى البروتستنات السبب الوحيد للطلاق وأما تغيير الدين فيعتبر فسخاً للعقد لا تطليقاً . راجع تنظيم الاحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور فؤاد شباط ص ١٤٥ على أنه لا بد من الاشارة إلى أن تغيير الدين لم يعد سبباً للفسخ أيضاً في الجمهورية العربية المتحدة حيث تطبق الشريعة الاسلامية حين اختلاف المذهب بين الزوجين . راجع الاحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور جميل الشرقاوي ص ٣٨٥ .

(٥) الاحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية من المصريين. محمد محمود نمر . الفي بقطر حبشي ص ٣١١ .

فسرنا الطلاق بمعنى الهجر لتلاءم المعنى ولصح ان يقال اذا افترق الزوج عن زوجته فلا يجوز لأجنبي ان يتزوجها والا كان زانياً حيث لا تزال زوجة لزوجها لان الهجر لا يفيد انحلال الزواج .

٣) وبتفسير الطلاق بالهجر تتلاءم نصوص الاناجيل ولا تتعارض معانيها في هذا الموضوع فقد جاء في انجيل لوقا [1] : « كل من طلق امرأة وتزوج اخرى فقد زنى ، ومن تزوج التي طلقها رجلها فقد زنى » فالطلاق هنا بمعنى الهجر لأنه ينص صراحة على تحريم الطلاق ولهذا فان الكاثوليك يقولون من وجد امرأته تزني فلا يجوز له تطليقها بل كل ما في الأمر ينفصل عنها جسمانياً بحكم يصدر من القضاء وتبقى رابطة الزوجية ، ولا يجوز لأحدهما ان يتزوج بل يفترقان في المأكل والمشرب والمضجع ويسمى هذا بالانفصال الجثماني .

المذهب الثالث : قال الارثوذكس بالتطليق للأسباب التي قال بها البروتستانت وأضافوا اليها أسباباً أخرى لم يأت ذكرها في الاناجيل وبرروا ذلك بأن هذه الأسباب تبلغ حدا من الخطورة يصبح الإبقاء على الرابطة الزوجية أمراً مستحيلاً ويؤدي الى الإضرار بكل من الزوجين .

كلمة موجزة في تطوير نظام التطليق لدى الارثوذكس :

الاصل لدى الارثوذكس ان الزواج **رابطة مقدسة لا يجوز انحلالها** الا بالزنا كما جاء في انجيل متى وعلى هذا سار التشريع في الكنيسة الارثوذكسية ردحاً طويلاً من الزمن .

الا ان فقهاء هذا المذهب اباحوا التطليق لعدة أمور انفردوا بها عن سائر المذاهب كالتطليق لسوء السلوك والعيوب والأمراض والجنون .

ويعلل أكثر الكتاب هذا التطور بأنه نتيجة لتأثير النفوذ الروماني على الكنيسة الارثوذكسية .

---

(١) انجيل لوقا الاصحاح ١٦ العدد ١٨ .

يقول الاستاذ حبشي : [1] ليس مرد انفراد الكنيسة الارثوذكسية بالتطليق الى تفسير عبارات المسيح التي وردت في الكتاب المقدس بهذا الصدد فحسب بل يرجع أيضاً الى ظروف سياسية وتاريخية مرت بها الكنيسة الارثوذكسية ولم تتعرض لها الكاثوليكية أدت الى مصارعة القانون الروماني الذي كان يبيح التطليق لقوانين الكنيسة الشرقية وتسرب بعض حالاته اليها [2] . ويقول الدكتور اهاب اسماعيل [3] ، كانت مصر من البلاد التي شملتها رقعة الامبراطورية الرومانية الشرقية ، ومن أجل هذا خضعت لنفوذ الاباطرة الرومانيين الذي كان لهم أكبر الاثر في سريان فكرة انحلال الزواج ، خلافا لما انفردت به كنيسة روما من تحررها من مثل هذا النفوذ . وهذا العامل الذي أثر في سائر الكنائس الشرقية أثر كذلك في كنيسة الاقباط الارثوذكس .

ويمكننا القول بأن الكنيسة الشرقية تميزت عن الكنيسة الغربية بتشريعاتها وخاصة في موضوع الزواج والطلاق حيث أجازت التطليق على نطاق واسع مما لم يكن معروفاً قبل الانقسام الكنسي من جهة ولم تعرفه الكنيسة الغربية حتى الان من جهة أخرى .

وسبب هذا كما يذكر الكتاب تأثر الكنيسة الشرقية بالبيئة التي نشأت وترعرت فيها وخاصة القوانين الرومانية التي كانت تبيح الطلاق بالارادة المنفردة للرجل .

من أين استمد التشريع القبطي الارثوذكسي أسباب التطليق . ؟ ...

قلنا أن الشريعة المسيحية لا تعرف الطلاق بارادة الرجل وانما اجاز الارثوذكس التطليق لأسباب معينة هذه الأسباب لم يرد منها في الانجيل سوى الزنا وما عداه من أسباب فقد كان تأويلا منهم وتوسعاً في مفهوم الزنا كسوء السلوك مثلا حيث أطلقوا عليه الزنا الحكمي .

---

(١) الفي حبشي ص ٢٩٥ .

(٢) أما الكنيسة الغربية الكاثوليكية في روما فقد حرمت الطلاق لاي سبب كان وسبب ذلك الظروف البابوية التي مرت بها الدولة الرومانية الغربية حيث استقلت الكنيسة الكاثوليكية عن السلطة الزمنية بعد انهيار الدولة الرومانية عام ٤٠٩ م .

(٣) مبادىء الاحوال الشخصية للطوائف الملية للدكتور أهاب اسماعيل ص ١٠٠ .

أما بقية الأسباب كالجنون والأمراض والعلل فلم ينص عليه في أي مصدر من مصادر المسيحية الأولى – وقد عللوا ذلك بتأثرهم بالتشريع الروماني . جاء في حكم لمحكمة قنا الابتدائية [1] – « أنه من العجيب أن بعض القوامين على الدين من رجال الكنيسة واعضاء المجلس الملي العام قد سايروا التطور الزمني فاستجابوا لرغبات ضعيفي الايمان فأباحوا الطلاق لأسباب لا سند لها من الانجيل » .

ثم قالت : « وحكم الشريعة المسيحية قاطع في أن الطلاق غير جائز الا لعلة الزنا وترتب على زواج احد المطلقين بأنه زواج مدنس ، بل هو الزنا بعينه . »

ويقول في هذا استاذنا الدكتور شفيق شحاته [2] – « لذلك نقول ان هناك شريعة مسيحية شرقية نشأت وترعرت في البيئة الشرقية وهي تصطبغ بصبغة خاصة تميزها تمييزاً واضحاً عن الشريعة المسيحية الغربية – فهي تستند الى مصادر دينية متجددة ، ثم انها تستكمل هذه المصادر بالرجوع تارة الى القانون البيزنطي الذي كان مطبقاً في الامبراطورية الرومانية الشرقية وطوراً آخر إلى الشريعة الاسلامية التي كانت مطبقة في البلاد العربية بعد الفتح الاسلامي » .

• • •

التقنينات القبطية الارثوذكسية : ١) أهم مرجع للاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس هو المجموع الصفوي لابن العسال حيث كتبه في القرن الثالث عشر .

٢) الخلاصة القانونية في الاحوال الشخصية لفيلوتاؤس عوض .

٣) قانون الاحوال الشخصية الذي أقره المجمع المقدس والمجلس الملي عام ١٩٣٨ .

٤) مشروع مقدم إلى وزارة العدل اعتمده المجمع المقدس والمجلس الملي عام ١٩٥٥.

وفي هذه المجموعات أبيح التطليق للجنون والامراض المعدية والامراض التناسلية وللغيبة والحبس فضلا عن الزنا وسوء السلوك .

---

(١) الاهرام ١٩٥٦/٣/١ .

(٢) شفيق شحاته ١٢/١ .

مدى تأثير الشريعة الاسلامية بالتشريع القبطي الارثوذكسي :

لا اريد أن أخوض في بحث قد يكون خارجاً عن موضوعي فأنا ابحث في قوانين الاحوال الشخصية لا في تاريخ التشريع غير أنه لفت نظري ما درج عليه شراح قانون الاحوال الشخصية لغير المسلمين من تعليلات وتفسيرات لتطور نظام الطلاق لدى الارثوذكس مما دفعني إلى البحث في حدود ما اطلعت عليه من المراجع إلى معرفة هذه الاسباب التي جعلت من الكنيسة القبطية الارثوذكسية أن تخالف جميع الكنائس الاخرى فتقرر الطلاق لاسباب عديدة تتغير وتتطور مع الزمن وحسب المصلحة ، ولم أجد سوى أستاذنا الدكتور شحاته من أنصف هذا الموضوع وهو الرجل الذي يتمسك بمسيحيته ولكن حب الحقيقة فوق نزعات التعصب فقرر في أكثر من موضوع أن الشريعة القبطية استمدت من الشريعة الاسلامية في تشريع الطلاق أموراً عدة .

واني أضع أمام الباحثين هذه النقط لعلهم يتابعون بحثاً لم أجزم به بعد . وان كنت لا أشك أن التشريع القبطي الارثوذكسي في مصر استمد كثيراً في تشريعه في الطلاق والزواج من الشريعة الاسلامية . انما مدى هذا التاثر وهل شاركه فيه غيره من التشريعات كالروماني مثلا أم لا ، هذا ما يحتاج إلى بحث أكثر ، وعلى كل حال فاني اشير إلى بعض الامور التالية التي تمهد السير لمن أراد متابعة الطريق .

١) انشقت الكنيسة المصرية عن القسطنطينة عام ٤٥١م وهي لم تأخذ بعد بنظام التطليق بل كانت في صراع دائم مع أباطرة الرومان في هذا الموضوع فالرومان يريدون فرض نظام الطلاق والكنيسة تعارض بذلك .

وقام صراع عنيف بين الكنيسة المصرية والحكام الروم « ولقوا في هذا السبيل من اضطهاد حكامهم الروم ما لقي آباؤهم من قبل على أيدي الوثنية الرومانية » [١] .

٢) ولما جاء جوستينيان ووضع نظاما للطلاق عارضته الكنيسة بشدة وكان نتيجة

(١) أحكام الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين . حلمي بطرس ص ٣٥ .

ذلك أن اجتمع في سنة ٦٩١ م مجمع القسطنطينية الثاني وعرف باسم مجمع القبه وقرروا أنه لا يجوز لاي من الزوجين أن يطلق الآخر بارداته المنفردة كما كان متبعاً في قوانين جوستينيان ، كما انتقد المجمع بشدة الطلاق باتفاق الزوجين.

٣) جاء الامبراطور ليون الثالث وابنه قسطنطين فالغيا الطلاق بالاتفاق واصدرا أول تشريع للطلاق في عام ٧٤٠م يحصر سبب التطليق بالزنا ، وتآمر أحد الزوجين على حياة الآخر ، ومرض أحد الزوجين بالبرص .

٤) ولكن سرعان ما أعيد الطلاق بالاتفاق وعاد خلاف الكنيسة مع السلطة الزمنية كما كان .

وظلت الكنيسة تصارع حد مبدأ الطلاق بالارادة والاتفاق إلى أن تم لها النصر النهائي في مجمع القسطنطينية الذي انعقد سنة ٩٢٠م — .. ويقول : فاستقر لها الامر نهائيا على الغاء الطلاق بالاتفاق وتحديد اسباب محددة للتطليق لسائر التابعين للكنيسة الارثوذكسية في القسطنطينية ... [١]

٥) وفي القرن التاسع أضاف الامبراطور ليون الفيلسوف اسباباً أخرى للتطليق وهي الجنون والغيبه [٢] .

٦) فتح عمرو بن العاص مصر عام ٦٣٩م ونشر مبادىء الإسلام بين جميع المصريين وهنا نقف قليلاً لنتساءل إلى أي مدى تأثر الاقباط الارثوذكس في التشريع الإسلامي في موضوع الزواج والطلاق ؟ ... هل أخذوا هذا النظام عن الكنيسة التي انفصلوا عنها وحاربتهم واضطهدتهم فابتعدوا عنها واستقلوا بكنائسهم الخاصة وهم بعد لم يتأثروا بأي تشريع روماني في موضوع الطلاق حيث انفصلوا قبل ظهور قانون كنسي يبيح التطليق بنحو خمسة قرون ؟؟ .. أم تأثروا بالتقاليد والاعراف الجديدة التي حملها

---

(١) أهاب اسماعيل ٩٨ .

(٢) شفيق شحاته ١/٣٠ .

المسلمون مع دينهم الجديد إلى مصر؟ ... وحسبنا أن نلفت النظر إلى أن كنيسة القسطنطينية نفسها لم تقر التطليق إلا بعد فتح مصر بثلاثة قرون .

يقول الدكتور شحاته [1] : بعد انتصار العرب على الروم في القرن السابع حلت الشريعة الاسلامية محل القانون الروماني البيزنطي في معظم البلاد الشرقية التي كانت خاضعة للامبراطورية الشرقية الرومانية وقد نتج عن ذلك أن اصبح فقهاء الشريعة المسيحية يرجعون لاستكمال مجموعاتهم الشرعية لا إلى أحكام القانون البيزنطي ولكن إلى آراء الفقهاء الاسلاميين فغدت الشريعة الاسلامية مصدراً من مصادر الفقه المسيحي الشرقي تقوم جنباً إلى جنب مع القانون الروماني البيزنطي بالمجموعات الشرعية الشرقية »

٧) أن أول مجموعة للاقباط الارثوذكس في الاحوال الشخصية ظهرت في عصر ابن لقلق حين طلب من ابن العسال أن يكتب له في ذلك فوضع مجموعة تناولت الاحوال الشخصية وسميت بالمجموع الصفوي وذلك في القرن الثالث عشر [2] .

وهذا الكتاب يعتبر المجموعة الشرعية شبه الرسمية للفقه المسيحي القبطي إلى أيامنا هذه . وقد جمع هذا الكتاب بين دفتيه القواعد الشرعية والقانونية مستمدة من مختلف المصادر ، أما القواعد القانونية فمنقولة عن الكتاب السوري الروماني .

ويقول الدكتور شحاته : [3] « وقد رجع أيضاً ابن العسال الى كتب الفقه الاسلامي وبوجه خاص إلى كتب أبي إسحاق الشيرازي في المذهب الشافعي وقد أجمع الباحثون على أن كتاب ابن العسال يعتبر فذا في تاريخ الشريعة المسيحية الشرقية » .

ويقول : « ولم يوجد بعد ابن العسال من بلغ شأوه » .

ولم يقتصر أثر الشريعة الاسلامية على المؤلفات والتقنينات القبطية فحسب بل تعداه إلى جميع الكنائس الشرقية .

---

(١) شفيق شحاته ٣١/١ .

(٢) طبع هذا الكتاب في مصر عام ١٩٠٨ بعنوان : المجموع الصفوي للشيخ الصفي ابن العسال وطبع مرة أخرى في عام ١٩٢٧ .

(٣) شفيق شحاته ٤١/١ .

واني أنقل هنا عن استاذنا الدكتور شحاته الذي حقق في هذا الموضوع تحقيقاً علميا حينما كتب في الاحوال الشخصية لغير المسلمين مما يعتبر في رأيي من أهم المراجع في هذا البحث . يقول **« وقد ظهر أثر الشريعة الاسلامية واضحا لاول مرة في مؤلف يشوع بخت الكلداني، وهو المسمى « بكتاب الشرائع والاحكام » وهذا الكتاب وضع اصلا باللغة البهلوية في عهد الخلفاء العباسيين حوالي سنة ٧٩٠م وقد نقل فيه مؤلفه بعض الاحكام عن كتب الفقه الاسلامي ، وكذلك يظهر أثر الشريعة ا لاسلامية واضحا في كتاب « فقه النصرانية » الذي وضعه ابو الفرج بن الطيب حوالي سنة ١٠٤٣ م في الفقه المسيحي الكلداني ، كما ظهر ذلك الأثر عند الاقباط في مجموعة ابن سهل وهي أقدم مجموعة قبطية ويرجع تاريخ وضعها الى القرن الحادي عشر [١] . بل تعدى الأمر الى طائفة الموارنة التي تدين بالكاثوليكية فقد ألف عبد الله قراعلي من مطارنة الموارنة في القرن الثامن عشر كتاباً سماه « الفتاوى » تضمن نصوصا من ابن العسال ومن الشريعة الاسلامية [٢] . »**

وخلاصة ما تقدم أن الاقباط الارثوذكس في مصر تأثروا بتشريعاتهم في الاحوال الشخصية بالتشريع الاسلامي أكثر مما تأثروا بالتشريع الروماني بل ان تأثرهم في القانون الروماني في كثير من أمور الطلاق في رأينا محل نظر ويحتاج إلى تحقيق أكثر مما يذكره الكتاب والشراح .

فالتفريق للعلل والامراض وسوء السلوك والجنون والغيبة كلها أمور انفرد بها المذهب الارثوذكسي . حتى أن ابن العسال وهو يذكر هذه الاسباب للتطليق يعلل وجودها بمنافاتها الغرض الحقيقي من الزواج ولا يشير إلى أي مصدر ديني اعتمد عليه في ايرادها فيقول ان القصد الاول من الزيجة هو ايلاد الاولاد واطفاء الشهوة والتعاون بين الزوجين [٣] .

---

(١) شفيق شحاته ١/٣٢ .

(٢) المصدر السابق ١/٤٧ .

(٣) المجموع الصفوي ص ١٨٨ .

وفي الخلاصة القانونية [1] — الغايات الشرعية المقصودة من الزواج هي ثلاثة أمور :

١) ايلاد الاولاد لبقاء النوع البشري .

٢) تحصين الزوجين بواسطة اختلاطهما الزوجي .

٣) التعاون على المعاش بمساعدة كل منهما للآخر .

فالتطليق للمرض اذن يعارض تحقيق ما يهدف اليه الزوج ولهذا شرع تخلصا من حياة زوجية أصبحت عاجزة عن تأدية وظيفتها الاجتماعية .

وعلى كل حال سواء تأثر التشريع القبطي بالتشريع الروماني أم تأثر بالتشريع الاسلامي وسواء استمد الأسباب التي أباحها للتطليق من كل من التشريعين أم من كليهما فانه مما لا ريب فيه أنه تشريع طارىء على المسيحية لم تعرفه في عصورها القديمة كما لم تأخذ به بقية الكنائس .

والذي يهمنا في هذا الموضوع ليس اثبات مصدر هذا التشريع في هذا المجال فحسب انما أتيت بهذه اللمحة الموجزة لاقول أن التشريع القبطي الارثوذكسي في بلادنا تشريع مرن متطور يلائم مصلحة الزمن ويساير ركب التقدم التشريعي وليس تشريعاً يستند إلى أصول ثابتة جامدة لا تتغير ولا تتبدل ولو وقفت أمام الضرورات الملحة للحياة الاجتماعية في كل عصر .

كما أن الاقتباس عن التشريعات الاخرى مزية كبرى لكل تشريع وضعي ظهر النقص فيه . فالتشريعات الوضعية كلها تقتبس وتتأثر من بعضها حتى أن الشرائع السماوية لا ضير عليها ان اقتبست عن التشريعات الاخرى فيما تحتاج اليه مما لم يكن موجودا لديها ولا يتعارض مع مبادئها العامة .

ونحن في هذا يجب أن نفرق بين الشريعة المسيحية وبين الدين المسيحي فالشريعة

(١) الخلاصة القانونية ص ١٧ .

تعني مجموعة القوانين والقواعد التي صاغها رجال الكنيسة منذ أقدم العصور حتى الان . أما الدين المسيحي فهو الذي يتعلق باللاهوت والعقيدة ، فالاول متطور مرن ويجب أن يكون كذلك والثاني جامد ثابت ولا يجوز أن يكون غير ذلك .

يقول الدكتور شفيق شحاته [1] — فالشريعة المسيحية شيء والدين المسيحي شيء آخر .

ويقول : الفرق واضح في المسيحية ما بين علم اللاهوت ، بما فيه من بحوث تتناول الاعمال من الناحية الاخلاقية ، وما بين القانون الكنسي أي الفقه المسيحي بالمعنى الصحيح .

وبعد هذا كله فاني أضم صوتي إلى المطالبين بوحدة التشريع لكافة الطوائف في الدولة الواحدة ، ولنا للموضوع عودة .



(١) شفيق شحاته ٦/١٠ الاحوال الشخصية لغير المسلمين .

م — الطلاق عند العرب قبل الاسلام :

كان الطلاق معروفاً لدى العرب في الجاهلية بأنظمة مختلفة على ما يبدو للباحث ، فبينما يحدث عروة عن عائشة ، ان الرجل كان يطلق امرأته ما شاء أن يطلقها وهي امرأته اذا ما ارتجعها وهي في العدة ، وان طلقها مائة مرة او اكثر [1] . نجد أخباراً تقول بأن العرب عرفت نظام الطلقات الثلاث وان الزوجة كانت تبين بالطلقة الثالثة حيث لا رجعة فقد جاء في « بلوغ الارب في معرفة احوال العرب » [2] : كان العرب في الجاهلية يطلقون ثلاثاً على التفرقة واول من سن ذلك لهم اسماعيل بن ابراهيم عليه السلام ثم فعلت العرب ذلك فكان أحدهم يطلق زوجته واحدة وهو أحق الناس بها حتى اذا استوفى الثلاث انقطع السبيل عنها » .

وكما كان الزواج من حق المرأة واختيارها فكذلك كان الطلاق لدى بعض القبائل من حق الزوجة تطلق زوجها متى شاءت .

جاء في الاغاني « وكان النساء او بعضهن يطلقن الرجال في الجاهلية » [3] .

وكان من عادة بعض القبائل اذا أرادت احدى نسائهن طلاق زوجها فانها تحول أبواب خبائها ان كانت الى الشرق فإلى الغرب وان كانت الى الجنوب فالى الشمال .

---

(١) نيل الاوطار ٢١٤/٦ وقد أشار اليه الاستاذ مصطفى شلبي في المدخل ص ٢٩ والدكتور مدكور في التشريع الاسلامي ص ٣٤ والاستاذ عيسوي في الفقه الاسلامي ص ٢٠ .

(٢) بلوغ الارب — محمود شكري الالوسي طبعة ثالثة ٤٩/٢ .

(٣) الاغاني ١٠٢/١٦ .

ويروي التاريخ ان ماوية بنت عفرز طلقت زوجها حاتم الطائي حين أمعن به جنون الكرم فلم يبق لابنائه شيئاً من المال .

ويحدثنا الدكتور علي عبد الواحد وافي في كتابه الاسرة والمجتمع [1] ان طلاق النساء لرجالهن بهذا الشكل كان خاصاً بالبدويات .

واما غير البدويات منهن ، ممن لم يكن من ذوات الاخبية ، فكان لهن أساليب أخرى يدللن بها الرجال على الطلاق — ويقول « اذا تزوجت الواحدة منهن رجلاً ، واصبحت عنده كان امرها اليها — وتكون علامة ارتضائها للزوج ان تعالج له طعاماً اذا أصبح ، ويفهم من ذلك ان عدم ارتضائها له كانت دلالته الا تعنى بأمر طعامه .

وكان العرب يخالعون نساءهم [2] — فقد ذكر أبو بكر بن دريد في اماليه ان عامر ابن الظرب زوج ابنته من ابن اخيه عامر بن الحارث بن الظرب فلما دخلت عليه نفرت منه فشكا الى ابيها فقال : لا اجمع عليك فراق اهلك ومالك وقد خلعتها منك بما اعطيتها.

وقال الامام الشافعي رحمه الله [3] : سمعت من ارضى من اهل العلم بالقرآن يقول : كان اهل الجاهلية يطلقون بثلاث : الظهار والايلاء والطلاق ، فأقر الله تعالى الطلاق طلاقاً وحكم في الايلاء والظهار بما بين القرآن [4] .

---

(١) الاسرة والمجتمع ص ١٣٢ وقد ذكر ذلك أيضاً عبد الله العفيفي في كتابه المرأة في جاهليتها ٥٧/١

(٢) بلوغ الأرب ٥٠/٢ .

(٣) هو أبو عبد الله محمد بن أدريس الشافعي مؤسس المذهب . ولد بغزة سنة ١٥٠ ونشأ في مكة ورحل الى المدينة فأخذ عن الامام مالك ثم رحل إلى العراق فاتصل بالامام محمد بن الحسن الشيباني وبهذا فقد اطلع على علم أهل المدينة والعراق . ثم استقر في مصر حيث أملى مذهبه الجديد . والامام الشافعي هو الذي كتب بنفسه مؤلفاته وأملاها على تلاميذه توفي عام ٢٠٤ ودفن في القاهرة .

(٤) بلوغ الأرب ٥٠/٢ .

٢ – الطلاق في بعض القوانين الحديثة

أ – الطلاق في القوانين الاجنبية :

لا طلاق بارادة الرجل المنفردة في قوانين البلاد الاجنبية بل لا بد من حكم يصدره القاضي بالتطليق بناء على طلب احد الزوجين لامور نص عليها القانون . ولا يوجد في قوانين العالم من لا يبيح الطلاق الا ثلاثة قوانين هي : الايطالي والايرلندي والاسباني :

تطور التشريع الفرنسي في الطلاق [1] :

الفرقة بين الزوجين في التشريع الفرنسي تكون بحكم قضائي بناء على طلب احد الزوجين في حالات معينة ذكرها القانون . والفرقة اما ان تكون تطليقاً من القاضي فيتم انفصال الزوجين عن بعضهما واما انفصالا جثمانياً مع بقاء الرابطة الزوجية وقد مر نظام التطليق في فرنسا بمراحل عدة نوجزها بما يلي :

قوانين الثورة الفرنسية : اعتبرت الثورة الفرنسية الزواج عقداً مدنياً خالصاً فأصدرت قانوناً بالطلاق عام ١٧٧٢ جاء في مقدمته ـ: « ان حق الطلاق يتصل بالحرية الشخصية التي تتنافى والارتباط الزوجي ارتباطاً لا ينحل ابداً الابالموت كما هو في القانون » .

وقد اجاز القانون الطلاق في الحالات التالية : –

١ ــ اذا اتفق الزوجان على الطلاق واقرا بذلك امام الموظف المختص .

٢ ــ اذا طلب احد الزوجين الطلاق لاسباب معينة ذكرها القانون كارتكاب

---

(١) الاحوال الشخصية في القانون الفرنسي . الدكتور حسن الاشموني ومحمد عبد الكريم ص ٢٣ .

ابعض الجرائم او هجر الزوج زوجته او الاهانة الجسمية من احدهما الاخر . وكل ضرر لحقه أحد الزوجين بالاخر يجوز للمضرور ان يطلب التفريق .

٣ – اذا تعذر استمرار الحياة الزوجية كما لو غاب احد الزوجين غيبة استمرت خمس سنوات . او اذا اصيب احدهما بالجنون فللاخر ان يطلب الطلاق .

ولقد توسع الشرع الفرنسي في اباحة التطليق حتى انه اجازه لمجرد عدم توافـــق الطباع والامزجة بين الزوجين .

القانون المدني ١٨٠٤ : جاء القانون المدني فوقف موقفاً وسطاً بين ما ذهبت اليه التشريعات الثورية من اباحة الطلاق الى ابعد مدى وبين التشريعات الكنسية التي تحرم الطلاق فاجاز الطلاق بحكم القاضي في الحالات التالية :

١ – لكل من الزوجين ان يطلب الطلاق اذا ما ارتكب الزوج الآخر الزنا او حكم عليه بعقوبة بدنية او شائنة ، وفي حالة تجاوز الحدود كأعمال العنف والاهانة الجسيمة .

٢ – الطلاق باتفاق الزوجين مع بعض القيود .

٣ – وقد اعاد التقنين المدني نظام الانفصال الجسماني بعد ان ألغته الثورة الفرنسية .

ثم طرأ بعد ذلك تعديلات كثيرة على نظام الطلاق في التشريع الفرنسي فقد الغى في عام ١٨١٦ ثم اعيد عام ١٨٨٤ ثم عدل عام ١٨٨٦ [١] .

والتشريع المعمول به حالياً هو الصادر في ١٢ ابريل ١٩٤٥ من المواد **٢٢٩–٢٣١** ، حيث اجاز الطلاق في الحالات التالية :

١) زنا احد الزوجين .

٢) الحكم بعقوبة بدنية شائنة .

---

(١) الاحوال الشخصية لغير المسلمين . الدكتور جميل الشرقاوي ص ٢٧٧ .

٣) اذا اساء احد الزوجين اساءة بالغة او اهانة جسيمة مما يتعذر به استمرار الحياة الزوجية المشتركة .

* * *

انكلترا : لم تعرف انكلترا الطلاق قبل عام ١٨٥٧ حيث صدر اول قانون اباح فيه لاحد الزوجين ان يطلب الطلاق من القاضي في حال الزنا ، أي ان السبب الوحيد كان في هذا القانون هو الزنا بحيث لا تفريق بغيره . وهذا يوافق ما جاء في انجيل متى وما هو معروف في المذهب البروتستانتي . والى جانب الطلاق كان نظام الانفصال الجسماني سائداً بحيث يجوز لاي من الزوجين ان يطلب الانفصال لاسباب محددة في القانون ايضاً ومنها الزنا .

وفي عام ١٩٣٧ صدر اول قانون في انجلترا يبيح الطلاق بشكل واسع ويخرج فيه على تقاليد الكنيسة والمذهب البروتستانتي فقد جاء فيه من اسباب التطليق :

(١) زنا احد الزوجين (٢) الهجر لمدة ثلاث سنوات –(٣) ارتكاب بعض الجرائم المخالفة للاداب (٤) المرض العقلي اذا استمر خمس سنوات .

وفي عام ١٩٥٠ صدر قانون نظم دعاوي الزواج ولم يطرأ تعديل جوهري على اساليب الطلاق ، ولهذا بقيت الاسباب التي جاءت في قانون ١٩٣٧ معمولاً بها حتى الآن (١) .

القانون اليوناني :

لم يكن الطلاق في اليونان قبل ١٨٢١ خاضعاً لحكم القضاء بل كان يجوز لاي من الزوجين ان يطلق الاخر بارادته المنفردة وذلك طبقاً لقوانين جوستيان .

وفي عام ١٩٢٠ صدر قانون للطلاق استمد معظم قواعده من القانون الالماني وبقي معمولا به حتى عام ١٩٤٦ حيث صدر القانون الحالي وفيه حدد المشرع اسباب الطلاق (٢) :

---

(١) القانون الدولي والملي الخاص . المستر فريدريك كودبي ص ٢٢٥ .
(٢) الاحوال الشخصية للاجانب والمصريين كامل عثمان ص ٢٨٠ .

١) الزنا ٢) جريمة تعدد الزوجات ٣) الاعتداء على الحياة ٤) الهجر المتعمد ٥) تصدع الحياة الزوجية ٦) المرض العقلي ٧) المرض بالبرص ٨) الغيبة [1] .

القانو ن الالماني :

تطور التشريع الالماني في نظام الطلاق على ثلاث مراحل .

١ ـ **قانون عام ١٩٠٠** كان يبيح التطليق للاسباب الآتية :

أ ـ الزنا او جريمة اللواط الا اذا كان بموافقة الطرف الآخر .

ب ـ محاولة الاعتداء على الحياة .

ج ـ الهجر المتعمد .

٢ ـ **قانون عام ١٩٣٨** ـ الغى بعض الاسباب التي جاءت في قانون ١٩٠٠ ووضع اسباباً مرنة جديدة توسع فيها وأهم ما جاء فيه :

أ ـ الاخلال بالتزامات الزوجية .
ب ـ تصدع الحياة الزوجية تصدعاً خطيراً .
ج ـ الجنون .
د ـ المرض المعدي او المنفر .
ه ـ عقم الزوج .
و ـ هجر احد الزوجين منزل الزوجية لمدة ثلاث سنوات .
ز ـ الامتناع عن انجاب الاطفال .

٣ ـ **قانون ١٩٤٦** : لا يزال ساري المفعول فقد حصر اسباب الطلاق من المادة ٤٤ـ٤٨ والغى سببين من القانون السابق :

(١) الامتناع عن انجاب الاطفال . (٢) العقم . وابقى بقية الاسباب كما هي دون تعديل .

---

(١) التقنين المدني اليوناني . جورج رويلوس ، ص ١٤٩ .

القانون السوفييتي :

كانت القواعد المتبعة قبل ثورة ١٩١٧ في نظام الطلاق قواعد دينية فقد كـان المسلمون واليهود والبروتستانت كل منهم يخضع في الزواج والطلاق الى احكام شريعته رغم ان مذهب الدولة كان آنذاك المذهب الارثوذكسي .

وعقب نجاح الثورة الشيوعية صدر في ١٨ ديسمبر ١٩١٧ مرسوم الغى الانظمة الدينية فأصبح الزواج عقداً مدنياً تسري احكامه على جميع المواطنين دون تفرقة واباح لكل من الزوجين حق طلب الطلاق دون تحديد للاسباب .

وفي عام ١٩١٨ صدر قانون آخر أكد فيه الصفة المدنية للزواج والطلاق الا أنـه اعترف بالصفة القدسية لعقد الزواج فلم يمنع رجال الدين من عقد الزواج ، ولكن دون ان يحدث ذلك العقد اثراً قانونياً فكان من السهل جداً أن يسجل هذا العقد بالشكل المدني بعد وقوعه حسب النظام الديني وبذلك يستوفي الصفتين الدينية والمدنية [١] .

واما نظام الطلاق في هذا القانون فقد كان ثورة تشريعية جريئة حيث اباح لكل من الزوجين حق الطلاق بارادته المنفردة على ان يتم امام القضاء دون اي رقابة مـن المحكمة على ذلك .

وفي عام ١٩٢٦ صدر قانون اباح فيه الزواج دون اتخاذ اي اجراء ديني او مدني وذلك كما لو تعاشر رجل وامرأة مدة من الزمن اعتبر ذلك زواجاً ويسمى الزواج الفعلي ، وكان من الطبيعي ان يتبع ذلك الطلاق الفعلي وذلك كما لو تفرق الزوجان مدة من الزمن فيعتبر ذلك طلاقاً .

وفي عام ١٩٤٤ صدر قانون الغى فيه الزواج الفعلي ونص على ان لا يجوز الطلاق الا بحكم القضاء فلم يعد يجوز الطلاق بارادة احد الزوجين .

غير انه يلاحظ ان هذا القانون وان اشترط صدور حكم بالطلاق الا انه لم يحدد الأسباب التي تبرر طلب التطليق بل ترك ذلك لتقدير القضاة .

---

(١) الاحوال الشخصية للاجانب في مصر ، جميل خانكي ص ١٦١ .

وقد اباح القانون الطلاق باتفاق الزوجين على ان يكون امام القضاء . ولا يزال هذا القانون معمولا به حتى الآن .

القانون الايطالي

ايطاليا احدى الدول الثلاث التي لا تعرف نظام الطلاق في قانونها الحاضر نظراً لتغلب الكنيسة على القانون الروماني بعد صراع عنيف انتهى بانتصار نظام عدم قابلية الزواج للانحلال الا بالموت .

غير ان ايطاليا حين طبقت مجموعة نابليون في القانون المدني اباحت الطلاق حيث اصبح الزواج نظاماً مدنياً رغم معارضة الكنيسة .

وفي عهد موسوليني عقدت الحكومة الايطالية مع البابا معاهدة لاتران وطبقاً لهذه المعاهدة اصبح الزواج الديني وفقاً للمذهب الكاثوليكي صحيحاً على ان يتم تسجيله في السجلات المدنية .

وهكذا وجد نوعان من الزواج : ديني يتم في الكنائس ومدني حسب القانون الوضعي .

وفي جميع صور الزواج لا يجوز الطلاق بل يباح الانفصال الجسماني بين الزوجين بحكم قضائي لاسباب محددة في القانون مع بقاء الرابطة الزوجية .

ويلاحظ انه حين ناقشت الجمعية التأسيسية وضع الدستور الايطالي عام ١٩٤٨ ، قامت مناقشات عنيفة حول اباحة الطلاق ومنعه فقد طالب عدد كبير من الاعضاء الطلاق ولكن لم تثمر تلك الجهود نظراً لضغط الكنيسة هناك .

ويقول الدكتور جميل الشرقاوي . « ورغم ان هذا الرفض ليس له مدلول قانوني الا انه يدل على وجود تيارات شعبية في ايطاليا لا ترضى عن التحريم المطلق للطلاق ، والواقع ان الفقهاء الايطاليين يحسون بضرورة اباحة الطلاق في بعض الاحوال التي يبدو فيها ذلك ضرورياً » [١] .

---

(١) مذكرات الدكتور جميل الشرقاوي في انحلال الزواج في التشريعات الاوربية ص ٨٦ .

ب — الطلاق في القوانين العربية

لمحة موجزة عن قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية :

لما ضعف نفوذ دولة بني العباس بين المسلمين بدأت الدعوات الشيعية تنتشر في البلاد العربية فنشأت دولة الفاطميين التي قامت بنشر المذهب الامامي في مصر وامتد الى الهند وايران والعراق وسوريا ، الى ان اتى صلاح الدين الايوبي فجعل المذهب الشافعي هو المذهب الرسمي في مصر ، واستعاد المذهب الحنفي قوته في بقية البلاد العربية وخاصة في العراق .

ولما تولى الظاهر بيبرس الحكم جعل على القضاء اربعة قضاة من المذاهب الاربعة واستمر الامر كذلك حتى جاء الاتراك فجعلوا للمذهب الحنفي المكان الاول في سائر البلاد العربية .

ولم يكن طيلة هذه العصور يوجد قانون مدون يرجع اليه القضاء اللهم الا ما جاء في بطون المؤلفات الفقهية في مختلف المذاهب .

واول محاولة [(١)] ، قامت بها تركيا حين وضعت قانوناً للاحوال الشخصية سمته قانون حقوق العائلة وذلك في عام ١٢٣٦ هـ و ١٩١٧ م [(٢)] . ويشمل هذا القانون احكام الزواج والطلاق للمسلمين والمسيحيين واليهود .

---

(١) وكان قد سبق ذلك تدوين مجلة الاحكام العدلية في المعاملات .

(٢) أما بعد اعلان الجمهورية التركية إثر الحرب العالمية الاولى وبعد أن أعلنت الحكومة العسكرية علمانية الدولة التركية وتخليها عن ماضيها وتاريخها فقد استبدلت جميع القوانين والتشريعات الاسلامية السابقة بقوانين أجنبية .

فالطلاق الآن في تركيا يخضع لحكم القاضي ويجوز في الحالات التالية :

المادة ١٣٠ في حالة اعتداء أحد الزوجين على الآخر أو اساءة معاملته إساءة بالغة . أو اذا ارتكب أحدهما جرماً مخالفاً للآداب .

المادة ١٣٢ : كما يجوز في حال هجر أحد الزوجين للآخر أو اخلال أحدهما بالواجبات الزوجية .

المادة ١٣٤ : اذا تعذر اتفاق الزوجين وتنافرت طباعهما .

المادة ١٣٥ : اذا أصيب أحد الزوجين بمرض عقلي وتعذر شفاؤه بعد إصابته به .

ولقد نص هذا القانون في المادة ١٥٦ على الغاء حق الرؤساء الروحيين بفصل المنازعات بين طوائفهم [1] وبعد مضي سنتين تقريباً سقطت الدولة العثمانية فأصدرت حكومة الملك فيصل في كانون الثاني ١٩١٩ اول قانون اعلنت فيه الصلاحيات للرؤساء الدينيين . ثم تبع ذلك قرار حاكم لبنان رقم ١٠٠٣ في ١٧ كانون اول ١٩٢١ الغى فيه المادة ١٥٦ السابقة .

ولما جاء صك الانتداب الفرنسي في ٢٤ تموز ١٩٢٢ نص صراحة في المادة السادسة على وجوب احترام انظمة الاحوال الشخصية والمصالح الدينية لمختلف الطوائف .

وبناء على ذلك فقد انشئت محاكم مذهبية في بلاد العلويين في ١٩ ايلول ١٩٢٢ ومحاكم درزية في ٢٥ ايار سنة ١٩٢٩ .

وأخيراً صدر في لبنان قانون ٢ نيسان ١٩٥١ المتعلق باختصاص المحاكم المذهبية لغير المسلمين وفرض على هذه الطوائف ان تقدم للحكومة قانون احوالها الشخصية وقانون اصول المحاكمات لدى محاكمها الروحية في مدة سنة من تاريخ وضع هذا القانون وقد قدمت أكثر الطوائف قوانينها الى الحكومة فكلفت الحكومة اللبنانية احد مستشاريها لدراسة هذه القوانين فقام المستشار الاستاذ جورج السيوفي بوضع تقرير واف عن هذه القوانين . ولكن لم يصدر حتى الان أي قانون منها [2] .

ولا يزال قانون حقوق العائلة بالنسبة للمسلمين معمولاً به في لبنان وهو مستمد من مذهب ابي حنيفة بصورة عامة وفيه بعض المواد من المذاهب الاخرى التي اقتضتها الضرورات العملية كالتفريق للعيوب والأمراض والتفريق للشقاق والضرر والتفريق بين الغائب وزوجته اذا مضى على غيبته اربع سنوات .

---

(١) مذكرات في الاحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور فؤاد شباط ص ١٧ .

(٢) أنور الخطيب « الزواج في الشرع الاسلامي والقوانين اللبنانية » ص ١١ .

ثم بدأت البلاد العربية بوضع تقنينات لها مستوحية ذلك من المذاهب الفقهية المختلفة دون التقيد بمذهب معين رفعا للحرج وتمشياً مع المصلحة الزمنية [١] .

مصر : لما دخلت مصر في ظل الحكم العثماني ساد المذهب الحنفي ولم يكن هناك من قانون مدون في شؤون الاسرة .

وقد وضع قدري باشا مجموعة مؤلفة من ٦٤٧ مادة تناولت فيه أحكام الاسـرة وكانت مرجعاً للقضاة دون أن يكون لها صفة رسمية .

والمجموعة مأخوذة من المذهب الحنفي وكانت اول محاولة لوضع قانون للاسرة في مصر في عهد السلطان حسين كامل حين كلف وزير العدل (الحقانية) بتشكيل لجنة لهذا الغرض – فألفت اللجنة وكان العلامة الكبير فضيلة الشيخ احمد ابراهيم احد اعضائها فوضعت مشروع قانون في الزواج والطلاق وطبع هذا المشروع عام ١٩١٦ ووزعت منه نسخ على القضاة والمحامين وكبار العلماء لنقده وبيان الرأي فيه .

وعلى ضوء التقارير التي وردت الى وزارة العدل اجتمعت اللجنة المكلفة بوضـع

---

(١) يلاحظ أن التمسك بمذهب معين قد يؤدي إلى بعض الصعوبات في أحكام الاحوال الشخصية في عصرنا الحاضر – فاندونيسيا مثلا تدين بالمذهب الشافعي ولكن هناك حالات تقتضي المصلحة التطليق فيها بحكم القاضي ولا تجوز في المذهب الشافعي ولهذا تمسكاً منهم بمذهبهم فقد لجأوا إلى تعليق الطلاق عند عقد النكاح على عدة حالات وقد نص قانونهم: على الزوج أن يقبل أمام القاضي او نائبه بعد الايجاب والقبول في النكاح في نفس المجلس ما هو مدون من الشروط على ظهر ورقة النكاح وهو ما يأتي :

١) اذا غبت عن امرأتي ستة أشهر متوالية ٢) أو لم أقم بواجبي في النفقة لها في مدة ثلاثة أشهر متوالية
٣) أو آذيت امرأتي بالضرر ٤) أو لم أمسها في مدة ثلاثة أشهر ولم ترض امراتي ذلك . ورفعته إلى المحكمة فصدقه القاضي . وقعت تطليقة على امراتي .

فاذا اعتبرنا هذا من قبيل التعليق في الطلاق كان جارياً على ما جاء في المذهب الشافعي من جواز الطلاق على الشرط واما اذا اعتبرناه تمليكا للقاضي في حق الطلاق لاحوال خاصة . فهو من المذهب المالكي لان القاضي في المذهب الشافعي لا يملك الطلاق بل يملك الفسخ . محمد عيسى سارول . الطلاق في أندونيسيا ص ١٥٥ . رسالة ماجستير في دار العلوم بجامعة القاهرة .

مشروع القانون مرة ثانية وأدخلت عليه بعض التعديل وطبع ثانية عام ١٩١٧ دون ان يوزع منه في هذه المرة على الناس .

ثم نام المشروع الى ان ظهر قانون رقم ٢٤ لعام ١٩٢٠ مؤلفاً من احدى عشر مادة ، أهم ما جاء فيه التطليق للاعسار والعيوب والغيبة ، وضعته لجنة شكلت من شيخ الازهر وشيخ المالكية ورئيس المحكمة العليا الشرعية ومفتي الديار المصرية . ونائب السادة المالكية وغيرهم من العلماء وقد اقتبست أكثر هذه المواد من المشروع السابق الذي قدم للوزارة عام ١٩١٧ .

ولما كان في قانون ٢٤ لعام ١٩٢٠ خروجاً عن المذهب الحنفي الى غيره من المذاهب الاربعة فقد ساعد هذا على المطالبة بوضع قانون كامل للاحوال الشخصية يتناول شؤون الاسرة دون التقيد بمذهب معين .

وبالفعل فقد الفت وزارة العدل لجنة في ٢٥ اكتوبر ١٩٢٦ لهذا الغرض فوضعت مشروع قانون نصت فيه على عدم وقوع طلاق المكره والسكران . بل تجاوزت فيه المذاهب الاربعة الى الاجتهاد المطلق حين نصت على عدم جواز الطلاق الا بأذن من القاضي تحت طائلة العقوبة لا البطلان [١] .

وقد قوبل هذا المشروع بما لم يقابل غيره من موجة استياء حمل لواءها استاذنا فضيلة الشيخ محمد ابو زهرة في بحث قيم كتبه في مجلة القانون والاقتصاد يقع في نحو ستين صفحة انتقد فيها ما يتعلق بتعدد الزوجات وتقييد الطلاق [٢] .

ومن الذين اطلعت على ارائهم في هذا المشروع فضيلة العلامة الشيخ احمد ابراهيم تغمده الله برحمته فقد كتب في مجلة كلية الحقوق [٣] — مقالاً تناول فيه نقد المشروع مادة مادة وقد لاحظت انه كان يميل الى الموافقة على أكثر ما جاء فيه .

---

(١) ونص المادة : لا يجوز لمتزوج أن يطلق زوجته ، ولا لمأذون أن يباشر اشهاد طلاق إلا بأذن من القاضي الشرعي الذي في دائرة اختصاصه مكان الزوج ، فان جعل الطلاق بدون أذن ترتب عليه أثاره الشرعية وعوقب الزوج بالحبس مدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر ، أو بغرامة لا تتجاوز عشرة الاف قرش او بهما معاً .

(٢) مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٥ ص ١٢٥–١٨٥ .

(٣) مجلة الحقوق س ٢ ع ٣ ص ٣ .

وكان النصر لاصحاب الرأي الأول الذين عارضوا المشروع . وأخيراً صدر قانون رقم ٢٥ لعام ١٩٢٩ [١] ، في ٢٥ مادة تناول بعض المسائل في الزواج والطلاق وأهم ما جاء فيه :

عدم وقوع طلاق السكران والمكره . والطلاق الثلاث لا يقع الا واحدة .

والتفريق للشقاق والضرر . والتفريق لغيبة الزوج او حبسه .

ويمكن القول بأن هذه القوانين لم تخرج عن المذاهب الاربعة الا فيما يتعلق بالطلاق الثلاث . وفي هذا يقول فضيلة الشيخ احمد ابراهيم : —

« ومع وضوح الأمر وجلائه عدلت وزارة الحقانية عن الاخذ بغير المذاهب الاربعة مراعية في ذلك الحالة النفسية والعقلية للامة . وانا على غير هذا الرأي اذ الطبيب الحازم لا ينبغي ان يزعجه تملل المريض من الدواء الذي فيه شفاؤه . »

◆ ◆ ◆

سوريا : كانت سوريا من ضمن البلاد العربية التي طبقت قانون حقوق العائلة العثماني والذي كان مستمداً معظمه من المذهب الحنفي .

ومراعاة للمصلحة وتطور الزمن فقد وجدت الحاجة الملحة الى وضع قانون للاحوال الشخصية مستمد من جميع المذاهب والآراء الفقهية .

ولهذا فقد شكلت وزارة العدل السورية في ٢٦ / ١٢ / ١٩٥١ لجنة من القضاة الشرعيين واساتذة الحقوق لوضع مشروع قانون للاحوال الشخصية وقد قدمت اللجنة مشروع القانون المذكور دون أن تتقيد بالمذهب الحنفي أو أي مذهب معين بل اقتبست من جميع المذاهب والآراء ما هو اقرب للمصلحة [٢] .

---

(١) ثم صدر بعد ذلك قانون الميراث رقم ٧٧ سنة ١٩٤٣ وقانون الوقف رقم ٤٨ سنة وقد الغى الوقف الاهلي بالقانون رقم ١٨٠ سنة ١٩٥٢ .

(٢) شرح قانون الاحوال الشخصية السوري للدكتور السباعي ص ٨ .

ولم يظهر هذا المشروع للوجود الا في ١٧ / ٦ / ١٩٥٣ حيث أصبح قانوناً معمولاً به ولا يزال حتى الآن .

والشيء المستحدث في القانون السوري في رأيي هو ما جاء في المادة ١١٧ « اذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي ان الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول وان الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وشقاء ، جاز للقاضي ان يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز نفقة سنة لامثالها فوق نفقة العدة ، وللقاضي ان يجعل دفع هذا التعويض جملة او شهرياً بحسب مقتضى الحال .

وسأبين وجهة نظري عند بحث هذا الموضوع . وأما بقية المواد فتعتمد على المذاهب الأربعة في معظمها وفي القليل منها من غير هذه المذاهب .

هذه الخطوة الجريئة من عدم التقيد بمذهب معين ومحاولة الاجتهاد في بعض المسائل لم تلق قبولاً عند بعض العلماء في سوريا وقد تقدم بعضهم بردود علمية ناقش فيها بعض المواد .

وقد اطلعت على رد فضيلة الاستاذ الشيخ جميل الشطي مفتي الحنابلة في دمشق وهو رد علمي قال فيه : ان حصر العمل في مذهب معين فيه ضيق وحرج على الأمة .

فاللجوء الى المذاهب المعروفة ضرورة تقتضيها المصلحة — انما ما خرج فيه القانون على المذاهب فهذا ما يحتاج الى تعديل .

وقد رد فضيلة استاذنا الشيخ مصطفى الزرقا — أحد أعضاء اللجنة التي وضعت القانون — على هذه الآراء وبين وجهة نظر واضعي القانون في مقال له نشرته جريدة العلم الدمشقية في عددها ١٣٨٦ المؤرخ في ١٨ ذي القعدة ١٣٧٣ ومما قال في رده : ان القانون لم يقتصر على مذهب معين بل لم يتقيد بالمذاهب الاربعة كلها فقد استمد منها ومن غيرها من مذاهب الأئمة المجتهدين ومن مذاهب الصحابة والتابعين وفي بعض المسائل

القانونية احكاماً مصلحية جديدة اقتضتها دواعي الزمن وأحواله استناداً لقاعدة المصالح المرسلة ، ومبدأ تفسير الاحكام بتغير الأزمان .

ولا يزال العمل في هذا القانون حتى يومنا هذا .

العراق : في العراق يطبق المذهب الجعفري الى جانب المذهب السني في قضاء الاحوال الشخصية للمسلمين ، وذلك بالرجوع الى المؤلفات الفقهية القديمة حيث لا يوجد قانون مدون الى عهد قريب .

وقد شكلت وزارة العدل العراقية في عام ١٩٤٥ لجنة لوضع مشروع قانون للاحوال الشخصية فوضعت ذلك وسمي « لائحة الأحوال الشخصية » وتضمنت اللائحة احكام المذهبين السني والجعفري في أهم المسائل للاحوال الشخصية ولكن المشروع لم يظهر للوجود بشكل قانوني ، وبقي المرجع للقضاة ما ألفوه من قبل وهو المؤلفات القديمة [١] .

وللجعفرية مجموعة للاحوال الشخصية تعتبر من المراجع لديهم دون أن يكون لها صفة رسمية وهي تكاد تكون كاملة وتسمى الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية [٢].

ولما قامت الثورة الأخيرة في العراق أعلنت الجمهورية ظهورقانون الأحوال الشخصية في كانون الاول ١٩٥٩ جمع بين دفتيه أهم المسائل في جميع المذاهب الفقهية وقد اعتمد على قوانين البلاد في هذا الموضوع وعلى أحكام القضاء الشرعي في البلاد [٣] .

والجديد في الطلاق ما جاء في المادة التاسعة والثلاثون : على من أراد الطلاق أن يقيم الدعوى في المحكمة الشرعية يطلب ايقاعه واستحصال حكم به . فاذا تعذر عليه مراجعة المحكمة وجب عليه تسجيل الطلاق في المحكمة خلال مدة العدة .

---

(١) مقدمة الاحوال الشخصية تأليف حسين الاعظمي .

(٢) الاحكام الجعفرية تأليف محمد رضا .

(٣) ولا يفوتنا ونحن نتكلم عن هذا القانون إلا أن نشير مع مزيد الاسف الشديد إلى ما تضمنه قانون المواريث من مساواة الانثى مع الذكر في الميراث مخالفاً في هذا نص القرآن الكريم الصريح الذي لا يحتمل التأويل : والذكر مثل حظ الانثيين. ولا أريد أن أتعرض لحكمة الشارع في جعل حق الذكر ضعف =

وقد يتوهم بادىء ذي بدء ان الطلاق لا يقع الا بحكم من المحكمة ان لم يتعذر على الرجل مراجعة المحكمة لأن نص هذه المادة غير واضح تماماً .

غير اني وجدت المادة الرابعة والثلاثين توضح ذلك : الطلاق رفع قيد الزواج بايقاع من الزوج او وكيله او من الزوجة ان وكلت به او فوضت او من القاضي . وبهذا زال اللبس في فهم المادة السابقة .

ومن الجدير بالذكر ان عمر هذا القانون لم يطل كثيراً حيث الغيت جميع النصوص المخالفة للشريعة الاسلامية وخاصة في الواردات وذلك بعهد المغفور له الرئيس عبد السلام عارف وذلك بالقانون رقم (١١) لسنة ١٩٦٣ المنشور بالوقائع العراقية عدد ٧٨٥ في ٢١ / ٣ / ١٩٦٣

تونس :

المذهب السائد في الشمال الافريقي هو المذهب المالكي ومع هذا فقد صدرت التشريعات الحديثة دون التقيد بمذهب معين .

وفي تونس صدرت مجلة الاحوال الشخصية في اكتوبر ١٩٥٦ تشمل أحكام الزواج والطلاق والميراث .

وقد نصت المجلة في الفصل الثالث على ان الاسرائيليين يعودون في أمورهم فيما يتعلق بشؤون الأسرة الى احكام ديانتهم والى مجالس الاحبار .

ومما انفرد به هذا القانون عن بقية قوانين البلاد العربية انه جعل الطلاق لا يصح الا بحكم القاضي فقد جاء في الفصل ٣٠ : لا يقع الطلاق الا لدى المحكمة .

وفي الفصل ٣١ : يحكم بالطلاق :

= حق الانثى ولكن حسبي أن أذكر أن للمرأة حقوق النفقة والمهر التي ليست للرجل. ثم ان كفالة المرأة بما تحتاج اليه على أبيها وأخيها أو ابنها أو أي ولي آخر ونفقة الزوجة على زوجها وهي غنية ، وقد الغي هذا النص واصبح يتفق مع إجماع فقهاء المسلمين ولا نفقة للزوج على زوجته ولو كان فقيرا .
راجع : الحجاب في الاسلام للاستاذ أبو الاعلى المودودي ص ٢٩٥ .

١ – بناء على طلب الزوج او الزوجة للأسباب المبينة بفصول هاته المجلة .

٢ – بتراضي الزوجين .

٣ – او عند رغبة الزوج انشاء الطلاق او مطالبة الزوجة به . وفي هاته الصورة يقرر الحاكم ما تتمتع به الزوجة من الغرامات المالية لتعويض الضرر الحاصل لها او ما تدفعه هي للزوج من التعويضات .

والذي فهمته من هذه النصوص أن الطلاق لا يقع الا لدى المحكمة ، ويحكم به بناء على طلب احد الزوجين لأسباب معينة او بتراضي الزوجين .

وكذلك لدى اليهود يجوز في الحالتين الطلاق لدى طائفة القرائين كما سبق القول وذكرنا . أما الحالة الثالثة فيبدو لي انه لا يجوز انشاء الطلاق برغبته دون أن يكون له مبرر او سبب مما نص عليه القانون كما لا يجوز للزوجة أن تطلب الطلاق لذلك أي بدون سبب الا اذا رضي احدهما بتعويض الآخر حسب ما يقرره القاضي .

وهذه الحالة الثالثة تطبق على المسلمين فقط لان الطلاق لدى طائفة الربانيين من اليهود يجوز بارادة الرجل المنفردة دون بيان الاسباب الداعية الى ذلك . وبهذا يكون القانون التونسي حظر الطلاق على المسلمين الا بحكم القاضي ، ولأسباب معينة ، مخالفاً في هذا جميع المذاهب ، والنصوص الصريحة التي لا تحتمل التأويل ، وفي الوقت ذاته أبقى لليهود حق الطلاق دون إذن القاضي كما جاء في شرائعهم دون أي حظر ، مع العلم بان اليهود أقرب الى تقييد الطلاق من شريعة المسلمين لأن احدى طائفتيهم لا تقر الطلاق بالارادة المنفردة بينما الاجماع لدى المسلمين على حرية الرجل بالطلاق دون حاجة لقرار او اذن من القضاء [1] .

---

(١) ومن الغريب حقاً أن رئيس هذه الدولة الذي أصدر هذا القانون الذي يمنع فيه الزوج من الطلاق إلا بحكم من القاضي لاسباب معينة نص عليها ، هذا الرئيس قد طلق زوجته بدون بيان أي سبب فضلا عن استقلاله بايقاع الطلاق دون الرجوع إلى القاضي .

جاء في المصور ١٩٦١/١٠/١٢ : قالت وكالات الانباء ان السيد الحبيب بورقيبة رئيس جمهورية تونس قد طلق زوجته الفرنسية . وقالت الوكالات أيضاً أنه لا ينتظر أن يصدر ديوان الجمهورية التونسية بياناً رسمياً عن هذا الطلاق لانه يتعلق بحياة السيد بورقيبة الخاصة.

وهذا دليل على أن الطلاق لم يكن بحكم القاضي ولا لسبب نص عليه القانون .

المغرب العربي :

وفي المغرب العربي ايضاً يسود المذهب المالكي وقد صدرت مدونة الاحوال الشخصية في يناير عام ١٩٥٨ ، والقانون معظمه من المذهب المالكي وقد أخذ من بقية المذاهب الفقهية فهو يقوم على الانتقاء دون التقيد بمذهب معين .

ومع هذا فقد نص الفصل الاخير (٨٢) كل ما لم يشمله هذا القانون يرجع فيه الى الراجح او المشهور او ما جرى به العمل من مذهب الامام مالك .

وأهم ما جاء في هذا القانون في الطلاق .

الفصل ٤٧ ـ اذا وقع الطلاق والمرأة حائض أجبر القاضي الزوج على الرجعة .

الفصل ٤٨ ـ يجب تسجيل الطلاق لدى شاهدين عدلين منتصبين للاشهاد .

الفصل ٥٢ ـ الطلاق المعلق على فعل شيء او تركه لا يقع .

الاردن :

كان قانون حقوق العائلة العثماني هو المطبق في المملكة الاردنية الى عام ١٩٥١ حيث صدر قانون جديد رقم (٩٢) سمي بهذا الاسم (قانون حقوق العائلة) ونشر في العدد ١٠٨١ من الجريدة الرسمية بتاريخ ١٦ / ٨/ ١٩٥١ [1] .

ومعظم القانون من المذهب الحنفي إلا فيما يتعلق بتفريق القاضي فانه اعتمد على المذهب المالكي وغيره من المذاهب .

وقد تضمن هذا القانون جميع الاصلاحات والتعديلات التي جاءت في سائر قوانين البلاد العربية مما لم يخرج فيه على المذاهب والآراء الفقهية المعروفة .

---

(١) الاسرة والمرأة. الدكتور صلاح الدين الناهي ص ٩٨ .

ليبيا :

وفي ليبيا نجد المذهب المالكي لدى جميع المسلمين إلا فئة قليلة جداً على المذهب الاباضي.

وتحكم المحاكم الشرعية بالمشهور او الراجح من المذهب المالكي في شؤون الأحوال الشخصية دون خروج عنه ، وما نشاهده في البلاد العربية الاخرى من وجود قانون مدون مستقي من جميع المذاهب الاسلامية لا أثر له في ليبيا حتى الآن .

وهناك محاولة جديدة لوضع مشروع لقانون مدون للاحوال الشخصية تصطدم بآراء بعض من ابتلى الله بهم الأمة الاسلامية ممن يحاولون الخروج عن نظام وأحكام الأسلام لستر جهلهم بأحكام الفقه الاسلامي وادعائهم ضرورة ايجاد قانون تقدمي يخالف ما أجمع عليه المسلمون وما أصبح من عاداتهم وتقاليدهم فضلاً عن معتقداتهم . ولذلك يتعثر ظهور هذا القانون لهذه الأسباب وعلى هذا فكل ما يتعلق بموضوع بحثنا في الطلاق في ليبيا وفق المذهب المالكي وبخاصة موضوع تعدد الطلقات .

جمهورية السودان :

سبق السودان أكثر البلاد العربية في تشريع الأحوال الشخصية متأثراً بما يجري في هذه البلاد من تعديلات ومشروعات قوانين لشؤون الأسرة .

ولعل السبب في ذلك ان قانون المحاكم الشرعية الصادر في سنة ١٩٠٢ في السودان ، أجاز لقاضي القضاة ان يصدر منشورات بموافقة الحاكم العام لها صفة التشريع الحازم دون حاجة الى اجراءات معقدة تمر بها أكثر القوانين .

وبناء على هذا كان المشرع السوداني يصدر من وقت لآخر منشوراً غير مقيد بمذهب معين رغم ان أكثرية الشعب السوداني على المذهب المالكي .

وتحكم المحاكم الشرعية بموجب المذهب الحنفي في كل امر لا يوجد نص فيه وذلك حسب المادة ٥٣ من لائحة نظام المحاكم الشرعية سنة ١٩١٥ .

وقد أصدر القضاة عدة منشورات نختار منها ما يتفق مع موضوع بحثنا في الطلاق

وهو المنشور رقم ١٧ حيث جاء فيه : أحكام التفريق بين الزوجين لعدم الاتفاق والتفريق بغيبة الزوج عن زوجته ، وأحكام المفقود ، والطلاق لخوف الفتنة ، والطلاق للضرر . — وسنتناول شرح هذه المواد في موضعها في هذا الكتاب — .

وفي عام ١٩٦٧ أصدر مجلس الوزراء بموافقة مجلس السيادة السوداني قانون المحاكم الشرعية نذكر أهم ما جاء فيه :

م ١ : يسمى هذا الأمر الموقت ، قانون المحاكم الشرعية لسنة ١٩٦٧ ، وذلك بعد تأييده بقرار من الجمعية التأسيسية .

م ٢ : يلغى قانو ن محاكم السودان الشرعية لسنة ١٩٠٢ على أن تظل جميع اللوائح والمنشورات الصادرة بموجبه سارية المفعول كما لو كانت قد صدرت بموجب هذا القانون إلى أن تلغى او تعدل وفقاً لأحكامه .

م ٥ : تختص المحاكم الشرعية بالنظر والحكم :

ا — في المسائل المتعلقة بالزواج وإقامة الاوصياء على القصر وجميع المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية وذلك اذا كان عقد الزواج الذي تتعلق به هذه المسائل قد أبرم وفقاً لأحكام الشريعة الاسلامية او كان طرفا الخصومة مسلمين او كان أحدهما كتابياً .

ب — في المسائل المتعلقة بالمساجد والوقف والنظارة عليه والهبة والمواريث والوصية والحجر وإقامة القيم على المحجور عليه وعلى المفقود اذا كان الواقف او الواهب او المورث او الموصي او المحجور عليه او المفقود مسلماً .

ج — في أية مسألة اخرى لا تدخل في اختصاصها المبين في الفقرتين السابقتين بناء على طلب يقدمه اليها طرفا الخصومة ايا كان الدين الذي ينتميان اليه ويتعهدان فيه بقبول تطبيق احكام الشريعة الاسلامية .

م ٦ : يكون العمل في المحاكم الشرعية على المرجح من آراء فقهاء الحنفية إلا في المصادر التي تصدر فيها محكمة الاستئناف الشرعية العليا منشورات قضائية للعمل بموجبها من آراء الحنفية وغيرهم من أئمة المسلمين في التشريع .

الباب الاول

مشروعية الطلاق وانواعه

وهو يتضمن :

الفصل الأول : حقيقة الطلاق

الفصل الثاني : الأصل في الطلاق الحظر ام الاباحة

الفصل الثالث : انواع الطلاق

الفصل الاول

حقيقة الطلاق

المبحث الاول

الطلاق والفرق بينه وبين الفسخ

تعريف الطلاق :

الطلاق لغة : الترك والمفارقة ، يقال طلقت القوم أي تركتهم وتقول أطلقت الأسير والسجين ، وأطلقت الرأي بمعنى انك أبحت له ان يبدي من آرائه ما يشاء .

وقد غلب العرف على ان لفظ الطلاق يستعمل في رفع القيد المعنوي ، ولفظ الاطلاق يستعمل في رفع القيد الحسي . فيقال طلق الرجل زوجته فهي طالق ويندر أن يقال : سجين طالق كما يندر ان يقال امرأة مطلقة .

وفي اصطلاح الفقهاء :

تعريف الاحناف : في اللباب [1] ـ الطلاق : رفع قيد النكاح في الحال او المآل بلفظ مخصوص .

---

(١) اللباب علي القدوري ٢/٣٠ .

تعريف المالكية : في مواهب الجليل [1] ـ الطلاق : صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته .

تعريف الحنابلة : في الاقناع [2] ـ الطلاق : حل قيد النكاح او بعضه .

تعريف الشافعية : في مغني المحتاج [3] ـ الطلاق : حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه .

تعريف الامامية : في جواهر الكلام [4] ـ الطلاق : ازالة قيد النكاح بصيغة طالق وشبهها .

تعريف الزيدية : في منتزع المختار [5] ـ الطلاق : قول مخصوص او ما في معناه يرتفع به النكاح او ينثلم .

التعريف الذي نضعه للطلاق :

الطلاق : هو الصيغة الدالة على انهاء الحياة الزوجية في الحال او المآل الصادرة من أهله في محله قاصدا لمعناه أمام شهود .

وهذا التعريف راعينا في وضعه تضييق نطاق الطلاق كما شرع في القرآن والسنة وسنعود الى شرح هذا التعريف بعد قليل .

الفسخ :

وانهاء الحياة الزوجية كما يكون بالطلاق يكون بالفسخ ، وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء . انما الخلاف بينهم فيما يتناوله كل من الفسخ او الطلاق من فرق الزواج ، فما يعد فسخا في بعض المذاهب قد يعد طلاقا في مذاهب اخرى وهكذا .

---

(١) مواهب الجليل ١٨/٤ .
(٢) الاقناع ١٨٤/٥
(٣) مغنى المحتاج ٢٧٩/٣
(٤) جواهر الكلام ٢٧١/٥
(٥) المنتزع المختار ٣٨١/٢ .

أهم الفروق بين الطلاق والفسخ :

١) الطلاق يعتبر انهاء لعقد الزواج اما الفسخ فقد يكون نقضا لعقد الزواج لخلل رافق نشوءه ، او عارض طرأ على الزواج فمنع بقاءه بعد ان نشأ صحيحاً ، او حادث أصاب أحد الزوجين فأعطى للآخر حق طلب الفسخ .

٢) الطلاق يكون بائنا لا رجعة فيه ، ورجعيا يجوز للزوج مراجعة زوجته ما دامت في العدة . اما الفسخ فهو فرقة بائنة لا رجعة فيها .

٣) الفرقة التي تعد طلاقا تنقص من عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج . أما الفسخ فلا يعتبر من الطلقات الثلاث أي لا ينقص العدد .

٤) ان الطلاق لا يكون الا في نكاح صحيح ، اما الفسخ فقد يكون في نكاح صحيح أو غير صحيح .

ضابط ما يعتبر طلاقا وما يعتبر فسخا :

الاحناف : ذهب الاحناف الى أن كل فرقة من جانب الزوج ، ولا يمكن ان تقوم من قبل المرأة فهي طلاق كالفرقة بسبب الايلاء . وكل فرقة من قبل الزوجة ولا يمكن أن تكون من قبل الزوج فهي فسخ كالفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج لزوجته .

أما اذا كانت الفرقة لسبب يمكن ان يقوم في كل من الزوجين كردة احدهما او اباء الزوج الاسلام ففيه تفصيل :

إن ردة الزوجة فسخ بالاتفاق بين أبي حنيفة وصاحبيه ، أما ردة الزوج فهي فسخ عند أبي حنيفة وأبي يوسف وطلاق عند محمد . وأما اباء الزوج الاسلام ، فطلاق عند أبي حنيفة ومحمد وفسخ عند أبي يوسف .

وعلى هذا فأبو يوسف يرى ان الفرقة بسبب ردة الزوج او ابائه الاسلام فسخ ومحمد يراها طلاقاً . أما أبو حنيفة فيرى الفرقة بسببالردة فسخاً وبسبب اباء الاسلام طلاقاً [1] .

---

(١) البدائع ٣٣٧/٢ .

وأهم الفرق التي تعد طلاقاً عند الاحناف[1] :

(١) تطليق الزوج .

(٢) الايلاء .

(٣) الخلع .

(٤) اللعان .

(٥) التفريق لعيب جنسي في الزوج .

(٦) التفريق لاباء الزوج الاسلام .

وأهم الفرق التي تعد فسخاً عندهم :

(١) التفريق لردة أحد الزوجين .

(٢) التفريق لفساد الزواج .

(٣) التفريق لعدم كفاءة الزوج .

وما يتوقف على القضاء من فرق الطلاق :

(١) اللعان .

(٢) التفريق بسبب عيب في الزوج .

(٣) اباء الزوج الاسلام .

وما يتوقف على القضاء من فرق الفسخ :

(١) التفريق بسبب عدم كفاءة الزوج .

(٢) التفريق بسبب اباء الزوج الاسلام عند ابي يوسف .

وأما ما لا يتوقف على القضاء من فرق الطلاق :

(١) طلاق الزوج .

(٢) الطلاق بسبب الايلاء .

---

(١) احكام الاسرة عبد الحكيم محمد ١١٤ .

(٤) ردة الزوج عند محمد .

ومن فرق الفسخ ما لا يتوقف على القضاء :

(١) الفرقة بسبب فساد العقد .

(٢) الفرقة بسبب ردة الزوجة .

(٣) الفرقة بسبب ردة الزوج عند أبي حنيفة وأبي يوسف .

◆ ◆ ◆

الحنابلة والشافعية : وذهب الحنابلة والشافعية الى ان الفرقة الّتي تقع بين الزوجين تعتبر طلاقا اذا أوقعها الزوج او نائبه وما عدا ذلك من الفرق فهي فسخ .

ومن فرق الطلاق عندهم : [1]

(١) تطليق الزوج .

(٢) الخلع بين الزوجين وفي قول معتمد عند الحنابلة انه فسخ .

(٣) تطليق القاضي اذا امتنع الزوج عن الطلاق بسبب الايلاء .

ومن فرق الفسخ :

(١) التفريق لعيب في أحد الزوجين .

(٢) التفريق بسبب إعسار الزوج .

(٣) التفريق بسبب اللعان .

(٤) الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين .

(٥) الفرقة بسبب فساد العقد .

(٦) الفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج .

---

(١) الفواكه العديدة في فقه الحنابلة ٢/٢٧

مذهب المالكية :

ذهب المالكية الى ان الفرق بين الفسخ والطلاق هو في السبب الموجب للفرقة فان كان راجعا الى الزوجين فهو طلاق اما ان كاذ غير راجع لاحد الزوجين بحيث لو أرادا الاستمرار على حياتهما الزوجية المشتركة لما جاز لهما ذلك كان هذا فسخا .

جاء في بداية المجتهد [1] — ان الاعتبار في ذلك هو بالسبب الموجب للتفرق فـــان كان غير راجع الى الزوجين مما لو أرادا الاقامة على الزوجية معه لم يصح كان فسخا مثل نكاح المحرمة بالرضاع او النكاح في العدة ، وان كان يجوز لهما ان يقيما عليه مثل الرد بالعيب كان طلاقا .

ومن الفرق التي تعد طلاقاً عند المالكية :

(١) تطليق الزوج .
(٢) الخلع .
(٣) التفريق لعيب في احد الزوجين .
(٤) التفريق لاعسار الزوج عن نفقة زوجته .
(٥) التفريق للضرر .
(٦) الفرقة بسبب الايلاء .
(٧) الفرقة بسبب عدم الكفاءة .

ومن الفرق التي تعد فسخاً :

(١) التفريق بسبب اللعان اذ تترتب عليه فرقة مؤبدة .
(٢) التفريق بسبب فساد النكاح .
(٣) التفريق بسبب اباء أحد الزوجين الاسلام .

---

(١) بداية المجتهد ٢/٤٣ .

مذهب الظاهرية :

ذهب الظاهرية الى ان كل فرقة تمت بين الزوجين هي فرقة بطلاق الا في الحالات التالية فتعتبر فسخاً [1] :

(١) اللعان .

(٢) اختلاف الدين الا في حالة اسلام الزوج والزوجة كتابية .

(٣) الحرمة التي تقع بين الزوجين بالرضاع . ومن الملاحظة ان الظاهرية لا يجيزون التفريق بسبب العيوب أو الاعسار عن النفقة أو تفريق الحكمين حين الشقاق والضرر .

* * *

---

(١) المحلى ١٠/١٤٢ .

المبحث الثاني

الاصل في مشروعية الطلاق وحكمة تشريعه

الاصل في مشروعية الطلاق :

١ ــ القرآن الكريم : ورد ذكر الطلاق في القرآن الكريم في آيات كثيرة منها قوله تعالى « الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان » [١] . وقوله تعالى : « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن ... » [٢] .

٢ ــ السنة الكريمة : وكذلك فقد ورد الطلاق في السنة النبوية فعلاً وقولاً فالنبي عليه السلام طلق حفصة بنت عمر ثم راجعها ، وابن عمر طلق زوجته في الحيض فأمره النبي بمراجعتها ــ والمراجعة هنا لا علاقة لها بمشروعية الطلاق كما سوف نرى ــ وقوله ﷺ : أبغض الحلال الى الله الطلاق .

٣ ــ الاجماع : وقد انعقد الاجماع منذ عصر الصحابة والتابعين على مشروعيــة الطلاق كما جاء في القرآن والسنة .

* * *

حكمة مشروعية الطلاق :

الزواج هو اللبنة الاولى في بناء المجتمع . والمجتمع لا يكون قوياً الا اذا كان أساسه

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٠ .

(٢) سورة البقرة آية ٢٣١ .

متيناً مترابطاً متماسكاً ولهذا قدس الاسلام الزواج فسماه ميثاقاً غليظاً ، ووضع له من القواعد ما يضمن فيه بقاءه واستمراره ، فجعله مبنياً على الاختيار المطلق دون اكراه لأنه عقد رضائي لا يتم الا بارادتين ، وحرم التوقيت فيه لأنه عقد أبدي ، ولتنافيه مع الاستقرار المنشود منه . وليطمئن الزوجان على ان مصيرهما أصبح واحداً لا انفكاك له.

فمن الأمور التي يحققها الزواج بين الزوجين السكن والمودة والرحمة .

قال الله تعالى : « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة » (١) . ومن ثمرات الزواج بل من أهدافه الكبرى التناسل وقال تعالى : « المال والبنون زينة الحياة الدنيا » (٢) .

وقال النبي الكريم : — تناكحوا تناسلوا .

وقال عليه السلام : — تزوجوا الودود الولود فاني مكاثر بكم الامم (٣) .

وقد اوصى الله تعالى كلا من الزوجين ان يعاشر الاخر بالمعروف « وعاشروهن بالمعروف (٤) » « ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف » (٥) .

ولهذا كان من أسس الزواج في الاسلام : الاختيار المطلق حين الزواج ومن أهدافه السكن والمودة والرحمة بين الزوجين ، والتناسل ، والمعاشرة بالمعروف .

ولكن قد تطرأ احياناً على العلاقة الزوجية امور تجعل الحياة بين الزوجين مصدر شقاء وخصام وشقاق . فمن ذلك : ان يتبين للمرء انه قد اخطأ في اختياره شريكة حياته فيرى اخلاقاً وطباعاً تخالف اخلاقه وطباعه ولا يستطيع ان يتلائم معها .

وقد ترى الزوجة من زوجها قسوة في المعاملة او قد تطلع على ما لا يرضيها من

---

(١) سورة الروم آية ٢١
(٢) سورة الكهف آية ٤٦
(٣) كشف الخفاء ١/٣٠٤
(٤) سورة النساء آية ١٩
(٥) سورة البقرة آية ٢٢٨ .

سلوكه وأخلاقه بحيث لو عرفت ذلك قبل الزواج ما قبلت به زوجاً وشريكاً لحياتها .
وقد لا يحقق الزواج غاياته الكبرى فقد يطرأ على القلوب ما يغيرها ويبدلها فتنقلب المودة بغضاً والسكن كراهية والرحمة قسوة .

وقد يجد أحدهما صاحبه عقيماً لا يرجى منه نسل فقد تكون بعض الزوجات عقيماً مع زوج وولودا مع آخر والزوج كذلك قد يولد له من زوجة ولا يولد له من اخرى .
وقد يصاب أحدهما بمرض معد او مخوف او منفر مما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية فتصعب او تستحيل المعاشرة بالمعروف التي أمر بها القرآن الكريم .

والنتيجة الطبيعية لمثل هذه الأمور ان يحل الخصام والشقاق في الحياة الزوجية محل الاستقرار والطمأنينة ويصبح العش الزوجي الذي كان الامل الذي يراود خيال الزوجين بالسعادة والنعيم والهناء ، مصدراً للشقاء والجحيم والنزاع وسبباً لضرر كل من الزوجين . لأن الزوج يلزم بالنفقة والسكنى والزوجة تحبس عن الزواج فلا تستطيع ان تتزوج لأنها لا تزال زوجة .

فما العلاج لمثل هذه الحالات الطارئة ؟

جاء الاسلام فأمر الزوجين — حرصاً على عدم انفكاك هذه الوحدة الزوجية — أن يصبر أحدهما على الاخر ما استطاع الى ذلك سبيلاً — قال تعالى « وعاشروهن بالمعروف فان كرهتموهن فعسى ان تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً » [1] .

قال الطبري [2] في تفسير في هذه الاية : وعاشروهن بالمعروف فان كرهتموهن : فلعلكم ان تكرهوهن فتمسكوهن ، فيجعل الله لكم في امساككم اياهن على كره منكم لهن خيرا كثيرا من ولد يرزقكم منهن او عطفكم عليهن بعد كراهتكم اياهن .

كما أمر الله سبحانه ببعث حكمين من أهل الزوج والزوجة اذا ما طرأ الشقاق والنزاع بين الزوجين ليعملا جهدهما بالاصلاح بينهما الى آخر ما وضعه الاسلام من محاولات

---

(١) سورة النساء آية ١٩
(٢) تفسير الطبري ١٢٢/٨ .

سوف نذكرها في محلها ليحول دون انفصال هذين الزوجين اللذين ارتبطا بعقد قدسه الله .[1]

أما اذا لم يجد العلاج وتعذر الشفاء فاستحال انقاذ الحياة الزوجية وعودها الى ما يجب أن تكون عليه فما العمل حينئذ ؟ .

أمامنا ثلاثة حلول :

١) — بقاء الحياة الزوجية بهذه الحالة التي وصفنا بعضها ، ومعنى ذلك استمرار الشقاق والنزاع بين الزوجين .

٢) — او الانفصال الجسدي حيث يعيش كل من الزوجين بعيداً عن الاخر مع بقائه مرتبطاً بعقد الزواج بحيث لا يستطيع احدهما ان يتزوج .

٣) — او الطلاق .

وقد اختار الاسلام نظام الطلاق حين تضطرب الحياة الزوجية ولم يعد ينفع فيها نصح ولا صلح . وحيث تصبح رابطة الزواج صورة من غير روح لان الاستمرار معناه ان نحكم على احد الزوجين بالسجن المؤبد وهذا ظلم تأباه روح العدالة بل قد يكون وسيلة لارتكاب ما حرم الله من أمور في سبيل التخلص من هذا الجحيم الذي لا مخرج منه — قال الله تعالى « وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته » .[2]

. . . .

---

(١) الأحوال الشخصية للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٧٧

(٢) الزواج والطلاق للمؤلف ص ٢٧٠

الفصل الثاني

هل الاصل في الطلاق الحظر ام الاباحة :

هل ايقاع الطلاق مباح للزوج ام محظور ؟ .

هذه قضية هامة تشغل الرأي العام المهتم في هذا الموضوع ، لأن اباحة الطلاق أو حظره تتصل بنظام الطلاق من حيث تقييده واطلاقه . فهل للرجل أن يطلق دون حظر طالما ان الشارع اباح له الطلاق ، أم أنه محظور عليه ذلك الا لحاجة يدعو اليها سبب يبيح له الطلاق لاجله .

المبحث الاول

ما يعتري الطلاق من أحكام

الطلاق من التصرفات الشرعية التي تصدر عن الزوج بارادته المنفردة ، ولكل تصرف حكم شرعي حسب أمر الشارع له او النهي عنه . [١] والطلاق حكم تكليفي

---

(١) راجع أقسام الحكم الشرعي في مباحث الحكم عند الاصوليين للدكتور محمد سلام مدكور ص ٥٨

تعتريه الاحكام الخمسة من وجوب [1] او اباحة [2] او كراهية [3] او تحريم [4] او ندب [5].

جاء في الشرح الكبير [6] الطلاق على خمسة اضرب : —

١ — واجب : كطلاق المولى بعد التربص اذا ابى الفيئة وطلاق الحكمين في الشقاق اذا رأيا ذلك .

٢ — مكروه : الطلاق من غير حاجة اليه — وقال القاضي فيه روايتان : احداهما أنه محرم لأنه ضرر بنفسه وزوجته واعدام للمصلحة الحاصلة لهما من غير حاجة اليه فكان حراماً كاتلاف المال . ولقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار . والثانية انه مباح لقوله عليه السلام : ابغض الحلال الى الله الطلاق .

٣ — مباح : وهو عند الحاجة اليه لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها والتضرر منها من غير حصول الغرض بها .

٤ — مندوب اليه : وهو عند تفريط المرأة في حقوق الله الواجب عليها ، او تكون له امرأة غير عفيفة ... ويحتمل أن يكون الطلاق في هذين الموضعين واجب .

---

(١) معنى الوجوب أي ما كان الطلب فيه على سبيل الالزام كقوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام .

(٢) الاباحة : ما كان المكلف مخيراً بين فعل شيء وتركه يسمى مباحاً كالأكل والشرب وسائر الأفعال المباحة أنظر البحث القيم الذي كتبه الدكتور مدكور في مجلة القانون والاقتصاد : الاباحة عند الفقهاء والاصوليين ص ١٤ .

(٣) الكراهة : ما يطلب به الكف عن فعل على سبيل الترجيح لا الالزام .

(٤) التحريم : وهو يقابل الواجب وهو مانهى الشارع عنه نهيا على سبيل الالزام . كقوله تعالى : حرمت عليكم امهاتكم .

(٥) الندب : ما كان طلب الشارع فيه على سبيل الترجيح لا الالزام وهو مقابل الكراهة كقوله تعالى : فانكحوا ما طاب لكم من النساء .

(٦) الشرح الكبير ٨/٢٣٤ .

ومن المندوب اليه الطلاق في حال الشقاق وفي الحال التي تخرج المرأة الى المخالعة لتزيل عنها الضرر .

٥ ــ المحظور : الطلاق في الحيض او في طهر جامعها فيه .

وجاء في مغنى المحتاج [١] ان الطلاق :

١ ــ واجب : كطلاق المولي وطلاق الحكمين في الشقاق اذا رأياه .

٢ ــ ومندوب : كطلاق زوجة حالها غير مستقيم كسيئة الخلق او كانت غير عفيفة .

٣ ــ ومكروه : كمستقيمة الحال .

٤ ــ ومباح · طلاق من لا يهواها .

٥ ــ وحرام : الطلاق البدعي لحصول الضرر به .

ولكن الامام النووي ذكر في شرحه على صحيح مسلم ان الطلاق اربعة اقسام : حرام ومكروه وواجب ومندوب . وقال : ولا يكون مباحاً مستوي الطرفين [٢] .

والى هذا ذهب المالكية فقد قال الدرديري في شرحه مختصر خليل [٣] ان الطلاق من حيث هو جائز قد تعتريه الاحكام الأربعة من حرمة وكراهة ووجوب وندب .

وقد ذكر صاحب الروضة البهية اقسام الطلاق [٤] فقال : وهو ينقسم اربعة اقسام وهما ما عدا المباح وهو متساوي الطرفين من الاحكام الخمسة فأنه لا يكون كذلك بل اما راجح او مرجوح .

وهو إما حرام وهو طلاق الحائض ... وإما مكروه وهو الطلاق مع التئام الاخلاق .. وإما واجب وهو طلاق المولى والمظاهر ... وإما سنة وهو الطلاق مع الشقاق بينهما .

---

(١) مغنى المحتاج ٣/٣٠٧ .
(٢) النووي على مسلم ١٠/٦١ .
(٣) الدرديري على خليل ٢/٤٢٣ .
(٤) الروضة البهية ٢/١٥٠ .

وفي السرائر [1] : والطلاق على أربعة اضرب واجب ومحظور ومندوب ومكروه .

ومثل ذلك ما جاء في شرح النيل [2] ان الطلاق مكروه وهو الواقع بغير سبب مع استقامة الحال وواجب كما في حال الشقاق ومندوب طلاق غير العفيفة وجائز اذا كان لا يريدها .

ولكننا نلاحظ ان الطلاق حين تعتريه هذه الاحكام فتجعله واجباً او مندوباً او محرماً كل ذلك لأمور خارجة عن الاصل فيه فيكون واجباً حين تحكيم الحكمين ومندوباً اليه عند تقصير المرأة في واجباتها مثلا او محرماً ان وقع والمرأة في الحيض .

انما نريد ان نبحث الاصل في الطلاق حين لا تعتريه هذه الأمور هل هو مباح ام محظور ؟ ...

الفقهاء على رأيين في هذه الاجابة . فريق يقول ان الطلاق مباح وفريق آخر يذهب الى ان الطلاق محظور ولا يكون مباحاً .

هل الاصل في الطلاق الاباحة ام الحظر :

من قال ان الاصل في الطلاق الاباحة :

وقال السرخسي في المبسوط [3] : وايقاع الطلاق مباح وان كان مبغضاً في الاصل .

وقال التمرتاشي في الدر المختار : [4] — ايقاعه مباح عند العامة [5] ، لا طلاق الايات .

ونقل الزيلعي عن النهاية [6] : ان ايقاع الطلاق مباح .

---

(١) السرائر ص ٣٣٤ وهو من كتب الجعفرية المعتمدة .
(٢) شرح النيل ٣/٥١ .
(٣) المبسوط ٦/٢ .
(٤) الدار المختار شرح الطحطاوي ٢/١٠٢ .
(٥) يقصد بالعامة أي جمهور الاحناف .
(٦) الزيلعي ٢/١٨٩ .

وقال القرطبي في تفسيره [1] : دل الكتاب والسنة واجماع الامة على ان الطلاق مباح غير محظور . قال ابن المنذر : وليس في المنع منه خبر يثبت .

* * *

ادلة من قال ان الطلاق مباح : [2]

١ ـ اطلاق الآيات القرآنية التي جاءت بأحكام الطلاق : فمن ذلك **قوله تعالى** : « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة . » وقوله تعالى : « فطلقوهن لعدتهن » وذلك كله يقتضي اباحة ايقاع الطلاق .

٢ ـ **السنة النبوية** : وقد طلق النبي صلى الله عليه وسلم حفصة حتى نزل الوحي يقول له ، راجعها فانها صوامة قوامة . والنبي عليه السلام لا يفعل شيئاً محظوراً [3] .

٣ ـ **الصحابة** : وكذلك فقد طلق الصحابة زوجاتهم دون بيان سبب الطلاق فدل على انه مباح فقد طلق عمر أم عاصم رضي الله عنهما وطلق عبد الرحمن بن عوف تماضر ، وكان الحسن بن علي يكثر من الطلاق .

٤ ـ **القياس** : ان الطلاق ازالة الملك بطريق الاسقاط فيكون مباحاً في الاصل كالاعتاق .

من قال ان الاصل في الطلاق الحظر :

جاء في فتاوى الذخيرة [4] : الاصل في الطلاق الحظر والاباحة باعتبار الحاجة .

---

(١) القرطبي ١٢٦/٣

(٢) الزيلعي المصدر السابق والمبسوط المصدر السابق .

(٣) جاء في سنن ابن ماجه ٣١٨/١ عن سعيد بن جبير عن ابن عباس عن عمر بن الخطاب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها .

(٤) فتاوي الذخيرة . مخطوط في المكتبة الاحمدية في حلب مكتبة الاوقاف رقم ٤٢٨ (الجزء الاول) ص ١٦٦ .

والمؤلف للفقيه برهان الدين محمود بن عبد العزيز توفي عام ٥٤٠ هـ وتوجد نسخة أخرى من الذخيرة في مكتبة الازهر رقم (١٥٨٤) ٢٠٨٥٦ وتقع في ثمانية مجلدات والكتاب مختصر المحيط وهو موسوعة في الفقه الحنفي توجد نسخة مخطوطة منه في دار الكتب المصرية رقم ٤٨١ .

قال ابن الهمام في فتح القدير [1] : والاصح حظره الا لحاجة .

وقال في مجمع الانهر [2] : وأما وصفه : فالأصح حظره الا لحاجة .

وفي تنوير الابصار [3] : وايقاعه مباح وقيل الأصح حظره الا لحاجة .

وجاء في الجوهره [4] : الاصل في الطلاق الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية .

وفي الهداية [5] : الاصل في الطلاق هو الحظر .

وفي درر الحكام [6] : وأما وصفه : فالاصح حظره الا لحاجة .

وقال في البدائع [7] : الاصل هو الحظر والكراهة الا انه رخص للتأديب .

وجاء في المحرر [8] : ويكره الطلاق لغير حاجة ، وعنده (الامام أحمد) يحرم ويباح عند الحاجة اليه .

وقال ابن تيميه [9] : الاصل في الطلاق الحظر وانما ابيح منه قدر الحاجة .

وقال : ويباح في بعض الاحوال كما اذا احتاج اليه فأنه مع الحاجة اليه مباح ، فلا كراهة وبدون الحاجة مكروه عند بعضهم .

---

(١) فتح القدير ٢٢/٣ .

(٢) مجمع الانهر ٣٨٥/١ .

(٣) الطحطاوي ١٠٢/٢ .

(٤) الجوهرة ٣١/٢ .

(٥) الهداية ٥٧/٣ .

(٦) درر الحكام في شرح غرر الاحكام (الشرنيلالي في حاشيته على الدرر) ١-٣٥٦

(٧) البدائع ٩٥/٣ .

(٨) فتاوي ابن تيمية ١٦/٣ و ٨ و ٦٢ .

(٩) المصدر السابق ١٦/٢ و ٨ و ٦٢ .

وقال : بل نفس الطلاق اذا لم تدع اليه حاجة ، منهي عنه باتفاق العلماء اما نهي تحريم او نهي تنزيه .

* * *

ادلة من قال ان الاصل في الطلاق الحظر :

١ — الاحاديث التي وردت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بالنهي عن الطلاق ومن ذلك : ابغض الحلال الى الله الطلاق (١) .

تزوجوا ولا تطلقوا فان الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات (٢) .

ما حلف بالطلاق مؤمن وما استحلف به الا منافق (٣) .

وهناك أحاديث كثيرة في كتب الفقه تحث على ترك الطلاق والنهي عنه (٤) .

٢ — ان الزواج نعمة من الله لما فيه من مصالح الدين والدنيا وقد قال تعالى : « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة » .

ففي الطلاق كفران لهذه النعمة وقطع لهذه الصلة والمودة والرحمة ونكران لهذا الرباط المقدس الذي ربط الله به بين قلبين ليكونا نواة صالحة في بناء هذا المجتمع .

---

(١) سنن ابن ماجه ٣١٨/١ . وسنده : حدثنا كثير بن عبيد الحمصي ثنا محمد بن خالد عن عبيد الله ابن الوليد الوصافي عن محارب بن دثار عن عبد الله بن عمر .

(٢) كشف الخفاء ٢٥١/١ وقد رواه الطبراني عن أبي موسى . وفي رواية عن عبادة بن الصامت . بلفظ إن الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات . وفي المقاصد الحسنة ص ٥٠١ في رواية أخرى : لا أحب الذواقين ولا الذواقات .

(٣) كشف الخفاء ٣٠٢/٢ رواه ابن عساكر عن أنس وورد أيضاً في تفسير القرطبي ١٤٩/١٨ .

(٤) من ذلك حديث تزوجوا ولا تطلقوا فان الطلاق يهتز منه عرش الرحمن . قال الصغاني : حديث موضوع وقال ابن الجوزي : حديث موضوع : لكن عزاه في الجامع الصغير لابن عدي بسند ضعيف عن علي بلفظ تزوجوا ولا تطلقوا فان الطلاق يهتز منه العرش . كشف الخفاء ٣٠٤/١ وقد جاء هذا الحديث في كتب الفقه القديمة منها والحديثة كالبدائع وفقه القرآن والسنة للشيخ علي قراعه .

وقد نبه على عدم صحة الحديث المحدثون لان في سنده عمرو بن جميع لايصح الاخذ عنه .

راجع في تحقيق هذا : تنزيه الشريعة عن الاحاديث الشنيعة للمحدث أبي الحسن علي بن محمد بن عراقار الكناني الشافعي المتوفي ٩٦٣ هـ ٢٠٢/٢ .

٣ — ثم ان الطلاق بدون حاجة تدعو اليه بغي وظلم وهذا لا يجوز في الاسلام . قال الله تعالى : « فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » .

ما نراه في هذا الموضوع :

سنبحث فيما يلي الفقرات التالية :

١) معنى حديث أبغض الحلال الى الله الطلاق .

٢) مناقشة ابن الهمام وابن نجيم وابن عابدين والرافعي من فقهاء الاحناف فيما ذهبوا اليه .

٣) ما نرجحه من هذه الاراء .

* * *

حديث أبغض الحلال الى الله الطلاق [١]

قال بعض الفقهاء هذا الحديث مشكل اذ كيف يكون الطلاق حلالا وهو بغيض الى الله [٢] ؟ .

والجواب على هذا أن المراد بالحلال هنا هو ما يقابل الحرام فهو اذن ما ليس ممنوعا منعا باتا .

---

(١) هذا الحديث أخرجه أبو داود وابن ماجه عن ابن عمر . واخرجه الحاكم عن ابن عمر أيضاً بلفظ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما أحل الله شيئاً أبغض اليه من الطلاق . قال وهذا حديث صحيح الاسناد لم يخرجاه . وصحح البيهقي ارساله وكذا أبو حاتم . وقال الخطابي : أنه المشهور — كشف الخفاء ص ٢٩ .

ورواه أبو يوسف في الآثار ص ١٢٨ حدثنا يوسف عن أبيه عن أبي حنيفة عن حمادعن أبراهيم أنه قال : ليس شيء مما أحل الله أبغض إلى الله من الطلاق .

واخرج مالك والبيهقي عن محارب بن دثار مرسلا : ما أحل الله شيئاً أبغض اليه من الطلاق .

(٢) قال الدسوقي ٤٢٢/٢ هذا حديث فيه اشكال .

وقد ورد ذلك بالقرآن الكريم [1] « وأحل الله البيع وحرم الربا [2] » .

فاذا كان الحلال مقابلا للحرام وجب ان يشمل كل ما عداه .

يقول ابن عابدين : [3] « المراد بالحلال ما ليس فعله بلازم ، الشامل للمباح والمندوب والواجب والمكروه » .

وفي البحر الرائق [4] قال الشمني رحمه الله : فان قيل هذا الحديث مشكل لان كون الطلاق مبغضاً الى الله عز وجل مناف لكونه حلالاً ، لان كونه مبغضاً يقتضي رجحان تركه على فعله وكونه حلالاً يقتضي مساواة تركه بفعله .

والجواب : ليس المراد بالحلال هنا ما استوى فعله وتركه بل ما ليس تركه بلازم الشامل للمباح والواجب والمندوب والمكروه .

وليس من المعقول ان يكون المراد من الحلال المندوب او الواجب فلم يبق الا احد أمرين الاباحة او الكراهية .

والمباح في الشريعة الاسلامية كما يعرفه الشوكاني : ما لا يمدح على فعله ولا على تركه [5] .

وفي الجوهرة [6] : المباح ما خير المكلف بين فعله وتركه من غير استحقاق ثواب ولا عقاب .

اذن نستطيع القول بأن لفظ الحلال في الحديث ليس المراد منه الواجب ولا المندوب ولا المباح فلم يبق الا المكروه والمحظور [7] .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٧٥
(٢) الاباحة للدكتور مدكور ص ٦٩ .
(٣) رد المحتار لابن عابدين ٢/٤٢٦ .
(٤) البحر الرائق ٣/٢٥٤ .
(٥) ارشاد الفحول ص ٦
(٦) الجوهرة ٢/٣٨٠
(٧) يقول الشوكاني أن المكروه يشمل ثلاثة امور منها المحظور . راجع اصول الفقه عند الجعفرية أبو زهرة ص ٥٢ .

والحظر كما في اللباب [١] ما منع من استعماله شرعاً .

يقول العزيزي في هذا الحديث [٢] ان الحلال هو الجائز الفعل والمراد غير الحرام فيشمل المكروه .

وقد علق السندي على هذا الحديث بقوله [٣] اذا لطلاق مبغوض عند الله فما شرع الا لحاجة الناس فحده ان لا يأتي الانسان به الا عند الحاجة .

ويقول ابن حجر في الفتح الباري [٤] ان العلماء حملوا الحديث على وقوع الطلاق بغير سبب .

والخلاصة فان الحديث الشريف يدلنا على ان الطلاق وان كان مشروعاً ، ولكنه مبغوض الى الله سبحانه وتعالى اذ لا تنافى بين المشروعية وبين الحظر كالصلاة في الأرض المغصوبة [٥] . فالصلاة مشروعة ولكن الحظر لأنها اقيمت في أرض مغصوبة فقد اجتمعت المشروعية والحظر في أمر واحد .

* * *

ما جاء في فتح القدير والبحر الرائق وحاشية ابن عابدين والرافعي :

يقول ابن الهمام في فتح القدير [٦] : « وانما ابيح (الطلاق) للحاجة . والحاجة ما ذكرنا في بيان سببه » .

واذا ما رجعنا الى بيان سبب الطلاق نجده يقول [٧] : « وأما سببه فالحاجة الى

---

(١) اللباب علي القدوري ٣٨٠/٢
(٢) السراج المنير شرح الجامع الصغير ١٩/١ وقد أشار اليه الدكتور مدكور في بحث الاباحة ص ٦٩
(٣) سنن ابن ماجه ٣١٨/١
(٤) فتح الباري ٣١٠/٩
(٥) الاحوال الشخصية للشيخ زيد الابياني ٢٩٣/١ .
(٦) فتح القدير ٢٢/٣
(٧) المصدر السابق ٢١/٣

الخلاص عند تباين الاخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم اقامة حدود الله وشرعه .... غير ان الحاجة لا تقتصر على الكبر والريبة . »

وقال ابن نجيم في البحر الرائق [١] : « وأما صفته : فهو ابغض المباحات الى الله تعالى . » وفي المعراج : « ايقاع الطلاق مباح وان كان مبغضاً في الاصل عند عامة العلماء . ومن الناس من يقول لا يباح ايقاعه الا لضرورة كبر سن او ريبة لقوله عليه السلام لعن الله كل مذواق مطلاق » .

ثم يقول : ان قوله في فتح القدير «والأصح حظره الا لحاجة» اختيار للقول الضعيف وليس المذهب عن علمائنا .

وقد تعقب ذلك ابن عابدين في منحة الخالق فقال [٢] : « قوله اختيار للقول الضعيف أي من حيث التقييد بالحاجة لا من كل وجه لان القول الضعيف تخصيص الحاجة بالكبر والريبه ، والذي في الفتح أهم من ذلك لأنه قال ، غير ان الحاجة لا تقتصر على الكبر والريبة . »

وقد ذكر ابن عابدين ايضاً في رد المحتار تعليقاً على قول صاحب الدر المختار ان المذهب هو الاباحة نقلاً عن البحر فقال [٣] — وقوله في البحر ايضاً ان ما صححه في الفتح اختيار للقول الضعيف وليس المذهب عن علمائنا فيه نظر لأن الضعيف هو عدم اباحته الا لكبر او ريبة ، والذي صححه في الفتح عدم التقييد بذلك كما هو مقتضى اطلاقهم الحاجة .

ويقول : وبما قررناه ايضاً زال التنافي بين قولهم باباحته وقولهم ان الاصل فيه الحظر لاختلاف الحيثية وظهر ايضاً انه لا مخالفة بين ما ادعاه انه المذهب وما صححه في الفتح [٤] .

---

(١) البحر الرائق ٣/٢٥٣ .

(٢) منحة الخالق على البحر الرائق ٣/٢٥٤

(٣) الدار المختار ٢/٤٢٦

(٤) حاشية ابن عابدين ٢/٤٢٧

والذي فهمته من هذه النصوص ما يلي :

١ ـ ان صاحب فتح القدير يرجح ان الاصل في الطلاق الحظر لا الاباحة ولا يباح الا لحاجة .

٢ ـ وابن نجيم يعارضه في ذلك ويقول ان المذهب هو ان الاصل الاباحة وما ذهب اليه صاحب الفتح هو القول الضعيف .

٣ ـ أما ابن عابدين فقد أراد التوفيق بين الرأيين فقال ان ما نسبه ابن نجيم بالقول الضعيف ليس هو ما ذهب اليه ابن الهمام انما القول الضعيف هو ان الطلاق لا يباح الا لكبر او ريبة حصراً والا كان محظوراً ، أما ابن الهمام فلم يعتبر الاباحة بهذين السببين بل قال ويباح عند الحاجة اليه .

أما الرافعي فقد ذكر في تقريره على حاشية ابن عابدين بأن ما نسبه بالقول الضعيف ليس هو حصر سبب الاباحة بالكبر او الريبة لان صاحب المعراج وهو من نقلنا عنه هذا النص لم يحصر سبب الاباحة بهذين الأمرين بل قال : ومن الناس من يقول لا يباح ايقاعه الا لضرورة من كبر سن او ريبة ، فمعنى ذلك انه يباح عند تحقق هذين الأمرين وغيرهما مما تدعوا الحاجة اليه .

ويقول الرافعي رداً على ابن عابدين ، وليس لهم قول بعدم اباحته الا لكبر او ريبة دون غيرهما حتى يصح ان يقال لا مخالفة بين ما ادعى في البحر انه المذهب وبين ما صححه في الفتح .

ولكننا نلاحظ ان الرافعي اذ نقل عن المعراج ما يدل على عدم حصر سبب الاباحة بالكبر او الريبة ليس فيه ما يدل على ان ابن عابدين قصد بكلامه هذا النص بالذات انما الذي فهمته انه رجح ما ذهب اليه صاحب البحر بأنه القول الضعيف هو القول بحصر سبب الاباحة بالكبر او الريبة . وقد رجعت الى المبسوط فوجدت هذا الرأي فقد جاء فيه [١] :

---

(١) المبسوط ٦/٢

« فلا يحل الا عند الضرورة وذلك اما كبر السن لما روى ان سودة لما طعنت في السن طلقها رسول الله واما لريبة لما روي ان رجلاً جاء الى النبي عليه السلام وقال له ان امرأتي لا ترد يد لامس فقال عليه السلام طلقها . »

فبين ما ادعاه في البحر انه المذهب من انه يباح ولو بدون حاجة وبين ما صححه في الفتح مخالفة ظاهرة [1] .

ونختم هذه النصوص بما ذكره ابن عابدين في بحثه [2] : « ان الاصل فيه (الطلاق) الحظر بمعنى انه محظور الا لعارض يبيحه وهو معنى قولهم الاصل فيه الحظر والاباحة للحاجة الى الخلاص ، فاذا كان بلا سبب اصلاً لم يكن فيه حاجة الى الخلاص بل يكون **فيه حاجة إلى الخلاص بل يكون حمقاً وسفاهة رأي ومجرد كفران النعمة وإخلاص الايذاء بها وباهلها واولادها فحيث تجرد عن الحاجة المبيحة له شرعاً يبقى على اصله من الحظر ولهذا قال تعالى : « فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا [3] » اي لا تطلبوا الفراق .**

* * *

الرد على ادلة من قال ان الاصل في الطلاق الاباحة :

١ ــ قوله تعالى : « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن » ليس في هذه الآية دليل على اباحة الطلاق . ورفع الجناح في هذه الآية خاص بالمطلقة قبل الدخول اذ لا ضرر حينئذ فالآية لا تشمل كل الطلاق بل بعضه ومع هذا فان السياق يفيد انه لا حرج في اللجوء الى الطلاق اذا تعذر الامساك .

---

(١) التحرير المختار للرافعي ٢١٢/١

(٢) أبن عابدين ٤٢٧/٢

(٣) سورة النساء آية ٣٤ .

جاء في مجمع البيان [1] « وقد خص بالذكر غير المدخول بها لأمرين :

أ ـ لازالة الشك عن ان طلاقها غير محظور .

ب ـ لأن له ان يطلق التي لم يدخل بها أي وقت شاء بخلاف المدخول بها فانه لا يجوز إن يطلقها إلا في طهر لم يجامعها فيه » .

٢ ـ وأما طلاق النبي حفصة فقد يكون لحاجة لم نطلع عليها ولم تنقل لنا ومع هذا فقد أمره الله سبحانه وتعالى على لسان الوحي بمراجعتها لأنها صوامة قوامة أي لا داعي لطلاقها فراجعها عليه الصلاة والسلام .

٣ ـ وأما طلاق الصحابة : فأيضاً ليس من المعقول ان يكون بدون سبب والسبب قد يكون نفسيا لا يطلع عليه أحد .

قال ابن الهمام :

وكل ما نقل عن طلاق الصحابة .... فمحمله وجود الحاجة [2] .

٤ ـ وقولهم ان الطلاق اسقاط للملك كالاعتاق . فهذا قياس مع الفارق لا يجوز لأمرين :

أ ـ ان الزواج لا يفيد ملكاً وإلا لتصرف المالك في ملكه بكل انواع التصرفات من اباحة وبيع وتأجير . ولكنه في الحق يفيدحلاً للمتعة الزوجية .

ب ـ وأن الشارع سهل من أمر الاعتاق الى حد كبير بقدر ما وضع العقبات في طريق الطلاق فالعلة متنافرة والقياس بينهما غير صحيح .

فقد روى الدار قطني عن معاذ مرفوعا [3] : يا معاذ ما خلق الله شيئاً أحب اليه من العتاق ولا خلق الله شيئاً على وجه الأرض ابغض اليه من الطلاق فاذا قال الرجل لمملوكه

---

(١) ١٥٧/٢

(٢) الفتح القدير ٢٢/٣

(٣) كشف الخفاء ص ٢٩

انت حر ان شاء الله فهو حر لا استثناء له واذا قال لامرأته انت طالق ان شاء الله فلـه استثناؤه ولا طلاق عليه .

ويقول الدبوسي في تقويم الادلة وهو مخطوط في دار الكتب المصرية [١] .

« فلما لم يكن الرق بمعنى النكاح لم يكن ما وضع لازالة الرق بمعنى ما وضع لازالة ملك النكاح ضرورة .

وما روي عن النبي عليه السلام أنه قال : النكاح رق محمول على سبيل المجاز للرق لضرب مثل يثبت بالنكاح لا حقيقته » .

ولهذا فاننا نرجح الرأي القائل بأن الاصل في الطلاق الحظر ولا يباح الا لحاجة . يقول الاستاذ زيد الابياني رحمه الله [٢] .

فالذي ينبغي التعويل عليه ان الشريعة الاسلامية لم تبح الطلاق في أي وقت ولم تمنعه كذلك بل هي وسط بين الاثنين . اذا عرفت هذا تعلم ان ما يحصل من ايقاع الطلاق بلا سبب جهل بما هو المعول عليه في الشريعة الاسلامية او هو خروج عما تأمر به .

* * *

رأينا في هذا البحث وما نرجحه :

المبادىء العامة التي تحكم الطلاق : لكل نظام روح تسوده ، اما ان تتصف بالشدة والقسوة ، أو باللين والتساهل . فمثلا نظام الزواج سهل الشارع أمره حيث اعتبر الاصل فيه رضا الزوجين . ويكون صحيحا اذا ما تم أمام شاهدين ، دون قيود وعقبات . ففي أي مكان عقد صح ولزم وأمام أي شاهدين عدلين اعتبر نافذا . بل انه لا يتوقف على عقل ولا بلوغ ولا صحة بل يمكن ان يكون بين زوجين صغيرين أو بين زوجين مجنونين بواسطة اوليائهم .

---

(١) رقم المخطوط ٢٥٥ أصول ص ٢٢٣ – ٢٢٤

(٢) الاحوال الشخصية ١/٢٩٤

أما الطلاق فلم يجعله الشارع ميسراً الى هذا الحد بل ضيق فيه أشد التضييق . فاشترط ان يكون من الزوج نفسه او نائبه وان يكون المطلق عاقلا بالغا فلا يقع طلاق الصبي ولا المجنون ولا يصح طلاق الولي نيابة عن الصغير والمجنون بخلاف الزواج . ووضع الاسلام قيودا عدة مما نستدل على ان الطلاق بمبادئه العامة التي تسوده محظور لان الشارع حرص على وضع العقبات امام المطلق للتروي والتفكير بحيث لا يقدم المرء على انفصال الحياة الزوجية التي قدسها الله الا لحاجة تدعو اليها الضرورة ولهذا فقد استحسن القرآن الكريم الحاح الرسول صلى الله عليه وسلم على زيد بأن يمسك عليه زوجته بالرغم من استمرار الشقاق بينهما [1] فقال في سورة الاحزاب [2] « واذ تقول للذي أنعم الله عليه ، وأنعمت عليه ، أمسك عليك زوجك واتق الله ... » فاعتبر القرآن الامتناع عن الطلاق من نوع التقوى والبر .

وقد نفر القرآن الكريم من الطلاق بقوله : « واذا كرهتموهن فعسى ان تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً [3] » وأمر الله سبحانه وتعالى بالاصلاح بين الزوجين ان ظهرت بوادر الشقاق بينهما فقال : « وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما [4] » .

ولهذا فاننا نرجح الرأي القائل ان الاصل في الطلاق الحظر ولا يباح إلا لحاجة تدعو اليه مما تتعذر معها المعيشة الزوجية المشتركة .

* * *

(١) الطلاق في الاسلام مولانا محمد علي ص ٤٩
(٢) سورة الاحزاب آية ٣٧
(٣) سورة النساء آية ١٩
(٤) سورة النساء آية ٣٥

المبحث الثاني

تقييد حق الطلاق في الفقه والقضاء والقانون

نشأ عن الخلاف في اصل الطلاق هل هو الحظر أم الاباحة ، ثلاثة اتجاهات تناولتها أقلام الكتاب في عصرنا الحاضر ، وترتب على ذلك ايضاً اختلاف في الاجتهاد القضائي مما كان سبباً لمحاولات في بعض القوانين ترمي الى تقييد الطلاق .

الاتجاه الأول :

من قال بالاباحة : الاصل في الطلاق الاباحة ، والرجل طالما ملكه الشارع حق الطلاق بالارادة المنفردة ، فهو حر التصرف ، ولا يجوز الرقابة عليه فيما يفعل ، وبالتالي لا يجوز الحكم عليه بأي تعويض طالما استعمل حقاً منحه اياه الشرع والقانون .

ونلاحظ ان قوانين الأحوال الشخصية التي لم تنص صراحة على مبدأ التعويض عن الطلاق كانت مجالا للخلاف في التطبيق العملي لدى المحاكم ، ومن هذا ما قضت به محكمة استئناف مصر [1] — حيث قالت :

ان الطلاق حق مطلق للزوج بحكم الشريعة الغراء ولان الزوجة حين زواجها كانت على بينة من حق زوجها هذا ، واذن فهي تعلم وقت التعاقد النتائج التي قد تترتب على عقدها ، فلا يجوز لها أن تتظلم منها ، ولان الشريعة وهي القانون الخاص الذي يخضع

---

(١) استئناف مصر ١٨/١٢/١٩٢٧ مجلة المحاماة س ٨ ص ٤٩٦ .

له عقد الزواج ، قصرت حق الزوجة عند الطلاق على مؤخر الصداق ونفقة العدة دون التعويض .

ولان المناقشة في التعويض تستلزم الخوض في أسباب الطلاق وفي ذلك من فضح اسرار العائلات ما لا يخفى ، وأخيراً لان المصلحة العامة تقضي بالا يلزم الزوج بمعاشرة زوجة لا يطيق معاشرتها لعيب نفسي او خلقي فيها ، وفي الحكم عليه بالتعويض اكراه له على قبول هذه الحالة . »

ونلاحظ ان هذا الحكم مبني على خمسة أمور :

١) ان الطلاق حق مطلق للزوج .

٢) ان الزوجة حين زواجها كانت تعلم [١] ان الزوج يملك في كل لحظة أمر طلاقها فكأنه شرط ملحوظ .

٣) ان الشريعة قصرت حق الزوجة المالي على النفقة ومؤخر الصداق حين طلاقها دون التعويض .

٤) ان الحكم بالتعويض يستلزم كشف أسرار العائلات لمعرفة سبب الطلاق .

٥) من المصلحة ان لا يعاشر المرء شخصاً لم ينسجم معه وفي الحكم بالتعويض الزام له على معاشرته وهوله كاره وهذا ينافي المصلحة الزوجية .

ولنا في هذا الحكم رأي :

١) ان الطلاق ليس حقاً مطلقاً للزوج كما رجح الفقهاء لان الاصل فيه الحظر فيجب أن يكون مقيداً بمشروعيته أي بحكمة تشريعه وما لأجله شرع ، ولا فرق في هذا سواء أكان الحظر قضائياً أم دينياً كما سنرى بعد قليل فالمهم ان الشارع حظر الطلاق ان كان من

---

(١) ومع هذا فان الجهل بالقانون ليس عذرا .

غير سبب وترك تقدير ذلك للزوج ، وهذا لا يمنع من أن نقول انه ليس حقاً مطلقاً للزوج والا لم يكن للحظر معنى .

٢) صحيح ان الزوجة تعلم حين الزواج ان زوجها يملك حق طلاقها ولكنها لا تعلم ان زوجها يتركها في حال بؤس وفاقة فالتعويض الذي نرى ان يحكم به القضاء كما سوف نبين شروطه لا لكل مطلقة بل لمن اساء استعمال حقه في الطلاق فأصاب من جراء ذلك زوجته بالضرر الذي نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله لا ضرر ولا ضرار [1] .

٣) وأما قولهم بان كشف أسرار البيوت لا يجوز أمام المحاكم فهذا صحيح ولكن ليس على العموم فالقضاء يفرق بين الزوجين للعيوب ، ولعدم الانفاق ، ولغيبة الزوج عن زوجته .

٤) وقولهم أن من المصلحة ان لا يعاشر المرء شخصاً لا ينسجم معه ، فنحن معهم في هذا فلم نحرم الطلاق على الزوج حتى نجبره أن يعيش مع من لا يحب بل نقول له ان من المصلحة ايضاً بل من الواجب ان لا يترك الزوج زوجته عرضة للبؤس والفقر فاذا ما أراد الطلاق وكانت الزوجة بحاجة الى معونة ومساعدة فيجب عليه أن يعوض لها عن ذلك ان لم يكن الطلاق بسببها .

* * *

الاتجاه الثاني :

من قال بالحظر الدياني :

إن الطلاق وان كان الاصل فيه الحظر ولكن هذا الحظر دياني لا يخضع لسلطة القضاء والفقهاء القدامى اذ نصوا على ان الطلاق لا يباح الا لحاجة ذكروا ان الحاجة قد تكون

---

(١) راجع البحث القيم الذي كتبه فضيلة الاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة في مجلة حضارة الاسلام في العدد الثاني من السنة الثانية وما بعده .

مجرد عدم ميل الزوج لزوجته كما جاء في الفتح [1] وحاشية ابن عابدين [2] ولهذا فان الموضوع يتعلق بأمر نفساني قد لا يستحسن معرفته فالأمر موكول إذن الى ضمير الزوج [3] فمن طلق زوجته بدون سبب فهو آثم ديانة . وأما قضاء فالطلاق واقع ولا يجوز للقاضي أن يتدخل لمعرفة هذا السبب حرصاً على سمعة الاسرة وخاصة ما يمس المطلقة من هتك أسرار لا يجوز للغير معرفتها [4] .

يقول فضيلة استاذنا الشيخ محمد ابو زهرة [5] : « والحق ان الاصل في الطـــلاق هو الحظر ولا يباح الا للحاجة ، ولكن هذه الحاجة قد تكون نفسية ، وقد تكون مما يجب ستره وهي في كل احوالها ، او جلها لا يجوز ان تعرض بين أنظار القضاء ويتنازعهـــا الخصوم فيما بينهم شداً وجذباً ، وقد أخطأ من حكم بالتعويض لاجل الطلاق ، ولو كان ثمة شرط يوجب التعويض اذ يكون شرطاً فاسداً فيلغى ، والحاجة التي تلزم ليست حاجة تجري عليها وسائل الاثبات » .

وقد اشتمل هذا النص على ثلاثة أمور : —

١ — لا يجوز للقضاء أن يتدخل في حق الرجل بالطلاق لأنه قد يطلق لأمر نفسي لا يخضع لرقابة القضاء او لأمر يجب ستره حرصاً على سمعة الزوجة .

٢ — لا يجوز الحكم بالتعويض لأجل الطلاق .

٣ — كل شرط بين الزوجين تضمن التعويض حين الطلاق هو شرط فاسد لا يعمل به .

وإني أناقش أستاذي بابداء بعض الملاحظات : —

---

(١) فتح القدير ٢٣/٣ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٤٢٦/٢ .

(٣) الاحوال الشخصية للشيخ معوض سرحان ص ٢٩٠

(٤) خلاصة الاحوال الشخصية للشيخ محمد سلامة ص ٧٣ .

(٥) الاحوال الشخصية قسم الزواج ٢٨٢ .

١) ذكرت آنفا ان القضاء يتدخل في شئون الاسرة بحيث لم يعد هناك من سر يجب ستره فإن أهم شيء يحاول الانسان اخفاءه وهي العيوب الجنسية مثلا فانها تعرض على القضاء ، كما أن كثيراً من الأمور المادية كالاعسار وعدم الانفاق يطلع عليها القاضي . وقد أصبح كل ذلك من الأمور التي يختص القضاء بالنظر فيها والفصل في خصومها .

وأما الدوافع النفسية التي تحمل الزوج على الطلاق فهذا مما لا يجوز للغير أن يطلع عليه ولهذا فاني اوافق بعدم عرضه على القضاء لسمعة الأسرة ، ولكن ليست كل أسباب الطلاق من الأمور النفسية .

٢) وأما قوله : لا يجوز الحكم بالتعويض ، فإن تعويض المطلقة أمر قرره الشارع حين اوجب المتعة وهي مال يدفعه الزوج لمطلقته جبراً لها عما أصابها من الايحاش بالطلاق. فليس في التعويض مخالفة لما جاء في القرآن الكريم لقوله تعالى : « وللمطلقات متاع بالمعروف » .

٣) وأما اعتبار الشرط فاسداً اذا تضمن التعويض حين الطلاق ، فلست أرى — بعد ان جعل الشارع المتعة واجبة لكل مطلقة كما سنرى — مبرراً لاعتبار هذا الشرط فاسداً .

جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية [١] : « ان تعهد الزوج بتعويض زوجته اذا طلقها ليس فيه مخالفة لأحكام الشريعة ولا للنظام العام ، ولكن هذا التعهد ينتفي الالتزام به اذا كان الزوج لم يطلق زوجته إلا بناء على فعل أتته هي اضطره الى ذلك ، وهي من الأمور الموضوعية التي تقررها المحكمة بحسب ظروف كل دعوى وملابساتها .

* * *

الاتجاه الثالث :

يميل فريق من الفقهاء الى أن الطلاق وإن كان حقاً للرجل يستعمله متى شاء وبارادته

(١) النقض المصرية ١٩٤٠/٢/٢٩ مجموعة القواعد القانونية ١١٩/١ رقم ١١ .

المنفردة الا أنه كبقية الحقوق التي تخضع لاشراف القضاء ، فمن اساء استعمال حـق منحه اياه القانون وجب عليه التعويض لمن تضرر من ذلك .

بل ان بعض قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية ذهبت أكثر من ذلك فسلبت الزوج حق الطلاق ومنحته للقاضي بحجة ان المصلحة تقتضي ذلك بعد ان أساء أكثر الناس استعمال هذا الحق .

وهناك محاولات بذلت في مصر عام ١٩١٦ لتقييد حق الرجل بطلاق زوجته ولكنها لم تلق النجاح لاعتراضات قوية ونقد تناوله رجال الفقه في ذاك الوقت .

وقد خطا القانون السوري خطوة جريئة في هذا المضمار فنص صراحة على التعويض اذا ما أساء الزوج استعمال حق الطلاق .

ونلاحظ في هذا الاتجاه ثلاثة آراء :

اولا ــ مشروع عام ١٩١٦ بتقييد الطلاق في مصر :

جاء في مشروع القانون :

ولا يجوز لمتزوج ان يطلق زوجته ، ولا لمأذون أن يباشر اشهاد الطلاق إلا باذن من القاضي الشرعي الذي في دائرة اختصاصه مكان الزوج ، فان حصل الطلاق بدون اذن ترتبت عليه آثاره الشرعية ، وعوقب الزوج بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر وبغرامة لا تتجاوز عشرة آلاف قرش ، او باحدى هاتين العقوبتين » .

ونلاحظ في هذا النص :

١) انه جعل الاصل في الطلاق المنع الا باذن من القاضي .

٢) وأنه لم يرتب البطلان على عدم الاذن بل اوقع الطلاق بارادة الزوج المنفردة تحت طائلة العقوبة .

٣) لم يفرق بين الحالات التي يتعسف فيها الزوج بطلاقه وبين الحالات التي تبيح له ذلك كما لو كان لذنب أو خطأ كبير ارتكبته الزوجة يمس شرفها او سمعتها .

٤) غير واضح في هذا النص هل يشمل كل حالات الطلاق بما فيها الطلاق باتفاق الزوجين او بناء على طلبها ام لا يشمل ذلك .

ثانيا – الطلاق في قانون الاحوال الشخصية في تونس :

الفصل ٣٠ – لا يقع الطلاق الا لدى المحكمة .

الفصل ٣١ – يحكم بالطلاق :

١) بناء على طلب من الزوج او الزوجة للاسباب المبينة بفصول المجلة [1] .

٢) بتراضي الزوجين .

٣) او عند رغبة الزوجة انشاء الطلاق او مطالبة الزوجة به وفي هاته الصورة يقرر الحاكم ما تتمتع به الزوجة من الغرامات المالية لتعويض الضرر الحاصل لها او ما تدفعه هي للزوج من التعويضات .

ملاحظاتنا على هذه المواد :

١) انه سلب الزوج حق الطلاق بارادته المنفردة وهذا خروج على الشريعة الاسلامية بجميع مذاهبها .

٢) جعل اتفاق الزوجين من الأسباب الملزمة للقاضي بالطلاق كما يفهم من عـــدم اشتراطه التعويض حال تراضي الزوجين .

٣) لم يبين الأسباب التي تجيز للقاضي التفريق بصورة الزامية بل ترك المشرع تحديد ذلك لتقدير القاضي حسب ظروف الزوجين .

٤) سوى بين الزوج والزوجة في التعويض عن الطلاق . فكما تتضرر الزوجة من من الطلاق قد يتضرر الزوج من ذلك ايضاً .

* * *

ثالثا – وأما المنحى الثالث في هذا الاتجاه فيعترف للزوج بحق الطلاق بارادته المنفردة

---

(١) هذه الاسباب : عدم الانفاق . اضرار الزوج بزوجته . الغيبة . السجن .

دون تدخل القضاء ولكنه في الوقت ذاته ينظر الى الطرف الاخر وهو الزوجة فان تضررت من هذه الفرقة وجب على الزوج التعويض لرفع الظلم والضرر .

وفي هذا يقول استاذنا الدكتور مدكور في كتابه الزواج والفرقة وآثارهما [1] ، ولما كان عموم البلوى وسد الذرائع لها أحكامها في الاسلام والمحافظة على الصالح العام وعلى كيان الاسرة التي هي كيان المجتمع . كل ذلك يدعو الى النظر في وضع تشريع رادع لمن أساء استعمال الحق ، والسياسة الشرعية في الاسلام تبيح لولي الأمر ان يقيد المباح وان يفرض عقوبة ، او جزاء على من أساء[2] .

والى هذا ذهبت محكمة استئناف القاهرة في حكم لها [3] قالت فيه : ان اساءة استعمال الحق في الطلاق توجب التعويض .

ونظراً لأهمية هذا الحكم في بلد لم ينص قانونه صراحة على مثل هذه الحالة فاننا نقتطف منه أهم ما جاء فيه من مبادىء :

١ ــ القول بان الشريعة تجيز الطلاق لمجرد رغبة الخلاص من الزوجة وأنه لا يترتب عليه أية تسوية غير التي خولها الشرع للمطلقة من مؤخر صداق ونفقة او متعة لأن الطلاق يعود على المطلق بمنفعته الشخصية وهي التخلص من زيجة لا يجد فيها مودة ولا رحمة بحسب رأيه هو ، لأنها في حالة نفسية يجب سترها ولا يجوز ان تعرض على القضاء ، هذا القول ليس صحيحاً على اطلاقه في دين الله ولا في سنة رسوله فقد أوجبا معاشرة الأزواج بالحسنى ونهيا عن العجلة وعدم التسهل في الطلاق . والفقهاء مجمعون على تحريم الطلاق بغير سبب فان وقع ولو ان احكاماً تترتب عليه إلا أنه يكون مخالفاً لنصوص القرآن وأنه يكون موقعه آثماً وخارجاً على حكم الشريعة .

---

(١) الزواج والفرقة ص ١٦٧ الدكتور محمد سلام مدكور .

(٢) إن فرض عقوبة على من أساء وتعسف في استعمال حقه امر مشروع وفي موضوع الطلاق نص الفقهاء على وجوب المتعة على الزوج المطلق فضلا عن حقوق المرأة الأخرى من مؤخر المهر وغيره أما تقييد المباح كما أشار الدكتور مدكور فلا نوافق مطلقاً عليه لأن هذا المباح لا يجوز لولي الامر تقييده اذ ليس كل مباح يجوز تقييده .

(٣) محكمة استئناف القاهرة ١٩٥٨/٢/٢٣ .

٢ – الطلاق شأنه شأن سائر الحقوق يخضع لاشراف القضاء فان تبين ان استعماله كان لغرض غير مشروع قضى بالتعويض طبقاً للمادتين ٤ و ٥ من القانون المدني [1] وقد استمد الشارع المصري هذا المبدأ القائل بأن الحق يصبح غير مشروع اذا لم يقصد منه سوى الاضرار بالغير من الفقه الاسلامي ومن التطبيقات العملية التي انتهى اليها القضاء وعن طريق الاجتهاد .

٣ – الحقوق الشرعية المترتبة على عقد الزواج لا تتدخل في التعويض الذي يقضى به عن الطلاق التعسفي .

* * *

ما ذهب اليه القانون السوري :

جاء في القانون السوري في الفصل الخامس تحت عنوان طلاق التعسف : – م ١١٧ : اذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي ان الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول وان الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة ، جاز للقاضي ان يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة سنة فوق نفقة العدة ، وللقاضي ان يجعل دفع هذا التعويض جملة او شهرياً بحسب مقتضى الحال ونلاحظ في هذه المادة ما يلي : –

١) ان القانون السوري لم يسلب الزوج الحق في طلاق زوجته بل قيده بعدم الاضرار .

٢) اعتبر القانون الزوج متعسفاً اذا توافر شرطان :

(١) ان يطلق زوجته بدون سبب معقول .

---

(١) نص القانون المدني المصري في المادة ٥ على حالات التعسف في استعمال الحق .

ا – اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير .

ب– اذا كانت المصالح التي يرمي (استعمال الحق) إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير بسببها .

جـ– اذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة .

(٢) وان يصيب الزوجة من جراء ذلك بؤس وفاقة .

٣) حدد التعويض في الطلاق التعسفي بما لا يتجاوز نفقة سنة .

هذه خطوة جريئة في القانون السوري أراد المشرع فيها وضع حد لتعسف الزوج في الطلاق .

وسنبحث الى اي مدى طبق القضاء هذا النص من عدة قرارات لمحكمة النقض السورية في هذا الموضوع .

١ ــ ما يشترط في الطلاق التعسفي :

« يشترط لاعتبـــار الطلاق تعسفاً ان يقع بلا سبب ويـــؤدي بالمطلقـــة الى الفاقة والاحتياج » [١] .

« يشترط لاعتبار الطلاق تعسفياً ان يكون بلا سبب معقول وان يصيب الزوجة به فقر وفاقة [٢] » .

٢ ــ لا تعويض ما دام الطلاق رجعياً :

« ان شرط هذا التعويض وقوع المطلقة في العوز والفاقة وذلك لا يتحقق منه الا بعد البينونة ، والطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية ولا يمنع الرجعة ولا يفيد البينونة الا بعد انقضاء العدة [٣] » .

٣ ــ على الزوج اثبات عدم التعسف .

قررت محكمة النقض : على الزوج المطلق اثبات عدم التعسف وبيان سبب الطلاق[٤]

---

(١) قرار محكمة النقض السورية ١٩٥٥/٦/١٥

(٢) قرار محكمة النقض السورية ١٩٥٤/١٢/٢٨ .

(٣) قرار محكمة النقض السورية ١٩٥٥/٩/٢٢ .

(٤) قرار محكمة النقض السورية ١٩٦٠/٥/٢٨ .

وجاء في ذلك القرار : « لما كان على الزوج المطلق اثبات عدم التعسف ببيان سبب صحيح للطلاق .. وكان عدم بيان الزوج سبب الطلاق يكفي لاعتباره تعسفياً ولا تكلف المطلقة اثبات عدم التعسف لانه نفي مطلق لا يمكن اقامة البينة عليه » .

٤ ـ ان وجود مؤجل للمهر لا يحول دون المطالبة بالتعويض .

« وان وجود مؤجل للمهر ولو كثر لا يمنع من الادعاء بتعويض الطلاق التعسفي [١]»

وجاء في اسباب هذا الحكم : الا انه لما كان وجود مؤجل للمهر ولو كثر لا يمنع من الادعاء بتعويض الطلاق التعسفي كما هو الاجتهاد المستمر لان لكل مطلقة مهر مؤجل فلو نفى وجود استحقاق التعويض لتعطل الحكم القانوني ، ولان مقصد واضع القانون الذي تدل عليه عباراته الصريحة انه اراد بالتعويض منحها اياه علاوة على جميع حقوقها الشرعية المستحقة بدليل تصريحه بأن هذا التعويض غير نفقة العدة ولان احتمال وقوع الفقر والفاقة في المستقبل بسبب الطلاق يكفي لاستحقاقه ولا يشترط تحقيقها عند الطلاق .

٥ ـ زواج المطلقة لا يمنعها من استحقاق التعويض :

« ان زواج المطلقة ، بعد الطلاق بمدة طويلة ، لا يمنع استحقاقها تعويض التعسف [٢] » .

٦ ـ لا تعسف ان كان سبب الطلاق مشروعاً :

« ان التعسف في الطلاق ينتفي اذا تبين ان سببه يصلح اعتباره من الاسباب المؤدية اليه شرعاً او عرفاً [٣] » .

---

(١) قرار محكمة النقض السورية ١٩٥٨/٢/٧ .

(٢) قرار محكمة النقض السورية ١٩٦٠/١١/١٧ .

(٣) قرار محكمة النقض السورية ١٩٦١/١٠/٢٠ .

المبحث الثالث

من صور التعسف في الطلاق :

من صور التعسف في الطلاق :

اولا : طلاق المريض مرض الموت :

جاء في القانون السوري في فصل طلاق التعسف المادة التالية :

م ١١٦ : من باشر سبباً من اسباب البينونة في مرض موته في حالة يغلب في مثلها الهلاك طائعاً بلا رضى زوجته ومات في ذلك المرض او تلك الحالة والمرأة في العدة فانها ترث بشرط ان تستمر اهليتها للارث من وقت الابانة الى الموت [1] .

فما هو مرض الموت :

(١) لم يأ ت القانون المدني بتعريف لمرض الموت لذلك وجب الرجوع إلى الشريعة الاسلامية التي استمد منها الشارع أحكام تصرفات المريض مرض الموت لمعرفة ماهية مرض الموت واحكامه « الوصية وتصرفات المريض مرض الموت كامل مرسي ص ٢٣٠ » .

وبالرجوع إلى الشريعة الاسلامية نجد أن المادة ١٥٩٥ من مجلة الاحكام العدلية عرفت مرض الموت بقولها :

« المرض الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور ويعجز عن رؤية المصالح الداخلية في داره إن كان من الاناث ، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش أم لم يكن . وان امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة ، كان في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله . ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله قبل مضي سنة يعد حاله اعتباراً من وقت التغيير إلى الوفاة مرض موت (راجع بحث المريض مرض الموت للاستاذ الدكتور مدكور في المدخل الفقهي ص ٤٥٥ » .

حكم طلاق المريض مرض الموت :

لا نتعرض لاحكام تصرفات المريض مرض الموت في المعاملات المالية فليست من بحثنا [1] انما نبين مدى تأثير مرض الموت في الطلاق والميراث باعتباره من اثار الزواج .

اذا طلق المريض مرض الموت زوجته ومات وهو في مرضه فان كان الطلاق رجعياً فالزوجة ترثه ما دامت في العدة لانها لا تزال زوجة اما اذا كان الطلاق بائناً فالاصل ان لا ترث لان الزوجة تبين بالطلاق البائن فلا ميراث .

الا ان اكثر الفقهاء لاحظوا ان من يطلق زوجته بدون رضاها وهو مريض مرض الموت انما يقصد بذلك التهرب من ميراثها لذلك سموه طلاق الفار وردوا عليه قصده وذلك بتوريثها منه رغم البينونة التي حصلت بالطلاق لان ايقاعه الطلاق صحيح انما قالوا بميراثها منه على خلاف فيما بينهم :

قال الظاهرية : طلاق المريض كطلاق الصحيح فاذا طلق الزوج زوجته ثم مات في مرضه فلا ترثه زوجته ان كان الطلاق بائناً [2] .

وفي الفتاوى الهندية ١٧٦/٤ حد مرض الموت تكلموا فيه والمختار للفتوى أنه اذا كان الغالب منه الموت كان مرض الموت ، سواء أكان صاحب فراش أم لم يكن .

وفي المغنى ٥٠٥/٦ يعتبر في المريض شرطان : ١) أن يتصل بمرضه الموت فلو صح في مرضه الذي أعطى فيه ثم مات بعد ذلك فحكم عطيته حكم عطية الصحيح لانه ليس بمرض الموت ٢) أن يكون مخوفا .

(١) راجع تأثير مرض الموت في تصرفات المريض في المبادىء الشرعية للدكتور صبحي المحمصاني ص ١٢١

(٢) قال ابن حزم في المحلى ٢١٨/١٠ ، وطلاق المريض كطلاق الصحيح ولا فرق مات من ذلك المرض أو لم يمت منه .

فان كان طلاق المريض ثلاثا أو آخر ثلاث أو قبل أن يطأها فمات أو ماتت قبل تمام العدة أو بعدها أو كان طلاقاً رجعياً فلم يرتجعها حتى مات أو ماتت بعد تمام العدة فلا ترثه في شيء من ذلك كله ولا يرثها اصلا .

ويرد ابن حزم على من قال أنه يعتبر فارا بطلاقها فيقول كان الاولى أن يبطلوا طلاقه الذي به أراد منعها الميراث . واما تجويزهم الطلاق وابقاؤهم الميراث . فمناقصة ظاهرة الخطأ .

ولدى الشافعية روايتان اصحهما ان طلاق المريض كطلاق الصحيح والروايـــة الثانية يعتبر المريض فيها فاراً وترث زوجته [١] .

أما الاحناف : [٢] : فقالوا ترث زوجة الفار ما دامت في العدة ولو كان الطلاق بائناً خلافاً للاصل [٣] .

وذهب الحنابلة [٤] الىان الزوجة ترث زوجها ما دامت في العدة بدون خلاف [٥] واختلفوا فيما لو انتهت العدة هل ترث أم لا على روايتين — الصحيح من المذهب [٦] انها ترثه ما دامت لم تتزوج [٧] .

---

(١) جاء في المهذب ٢/٢٧ واختلف قول الشافعي رحمه الله فيمن بت طلاق امرأته في المرض المخوف واتصل به الموت .

فقال في أحد القولين : انها ترثه لانه متهم بقطع ارثها فورثت كالقاتل لما كان متهما في استعجال الميراث لم يرث — والثاني أنها لا ترث وهو الصحيح لأنهابينونة قبل الموت فقطعت الارث كالطلاق في الصحة. فاذا قلنا أنها ترث فالى أي وقت ترث ؟ .. فيه ثلاثة أقوال :

١) أحدها : إن مات وهي في العدة ورثت لان حكم الزوجية باق وان مات وقد انقضت العدة لم ترث لانه لم يبق حكم الزوجية .

٢) والثاني : انها ترث مالم تتزوج لانها اذا تزوجت علمنا أنها اختارت ذلك .

٣) والثالث : أنها ترث أبداً لان توريثها للفرار وذلك لا يزول بالتزويج فلم يبطل حقها .

(٢) جاء في المبسوط ٦/٥٥ واذا طلق المريض امرأته ثلاثا أو واحدة بائنة ثم مات وهي في العدة فلا ميراث لها منه في القياس وفي الاستحسان ترث منه ، ويقول السرخسي : ولكنا استحسنا لاتفاق الصحابة رضي الله عنهم والقياس يترك باجماع الصحابة .

(٣) فتح القدير ٥/١٥١

(٤) اعلام الموقعين ٣/١٢٦ .

(٥) لاخلاف بين جميع الفقهاء أن الزوج لا يرث زوجته اذا ماتت وهي في العدة إن كان طلاقه طلاق فار

(٦) فتاوى ابن تيمية ٣/١٤٣ .

(٧) جاء في المحرر ١/٤١١ وان أبانها في مرض موته المخوف متهما بقصد حرمانها ... ورثته ما دامت في العدة رواية واحدة — ولم يرثها — فان انقضت العدة أو كان الطلاق قبل الدخول لم ترثه — وعنه (الامام أحمد) ترثه ما لم تتزوج. غير اني وجدت في الانصاف ٧/٣٥٦ حكم المذهب فقد جاء فيه. وان كان متهما بقصد حرمانها الميراث ؛ ورثته مادامت في العدة . وهل ترثه بعد العدة ، أو ترثه المطلقة قبل الدخول ؟ .... على روايتين .

وقال مالك [١] : ان حق الزوجة في الميراث لا ينقطع ولو تزوجت قبل الموت . لان القصد الآثم مردود على صاحبه ، وقد قصد حرمانها من الميراث فيرد عليه قصده وذلك بتوريثها كما لو لم يطلقها [٢] .

جاء في شرح الخرشي [٣] : « واذا طلق في مرضه المخوف ثم ماتت فيه فان الرجل لا يرثها ولو طلقها مريضة ، لأنه هو الذي أسقط ما كان بيده . »

ولو مات فان المرأة ترثه لأنه فار بطلاقها حينئذ من الارث سواء كانت مدخولاً بها أم لا . انقضت عدتها وتزوجت أم لا .

وقال المالكية ترث المطلقة في مرض الموت ولو كان الطلاق برضاها واختيارها [٤]

الجعفرية : وذهب الجعفرية إلى أن زوجة المريض ترث زوجها ما دامت في العدة ، فاذا مضت العدة فانها ترث أيضاً ما لم تمض سنة على طلاقها فحينئذ لا ترثه [٥] .

والخلاصة :

أن الرجل اذا تعسف في طلاق زوجته فطلقها في مرض موته اعتبر الشارع هذا فراراً من ميراث زوجته فرد عليه قصده بتوريثها منه .

الاجتهادات القضائية :

جاء في قرار لمحكمة التمييز السورية [٦] ـ اذا كان الزوج الذي طلق زوجته طلاقاً بائناً صحيح الجسم حين إيقاعه الطلاق ، فان امرأته لا ترثه ولو مات وهي في العدة

---

(١) بداية المجتهد ٦٨/٢

(٢) الاحوال الشخصية أبو زهرة ص ٣١٨ .

(٣) شرح الخرشي على خليل ١٥٥/٣

(٤) حاشية الدسوقي ٤١٣/٢

(٥) قال في السرائر ص ٣٣٧ اذا طلق الرجل امرأته وهو مريض فانهما يتوارثان ما دامت في العدة فاذا انقضت عدتها ورثته ما بينها وبين سنة ما لم تتزوج فان تزوجت فلا ميراث لها واذا زاد على السنة يوم واحد لم يكن لها ميراث ولا فرق في جميع هذه الاحكام بين أن يكون التطليقة هي الاولى أو الثانية أو الثالثة وسواء كان له عليها الرجعة أو لم يكن فان الوراثة ثابتة بينهما .

(٦) قرار محكمة التمييز السورية ١٩٥٤/٥/٣١ .

بخلاف ما لو كان مريضاً مرض الموت فانه يعتبر بهذا الطلاق فارا وترثه زوجته إن مات وهي في عدة الطلاق .

وجاء في حكم لمحكمة استئناف المنصورة [1] : « ان المنصوص عليه شرعاً أن مرض الموت هو المرض الذي اتصل به الموت وكان من الامراض التي يغلب فيها الهلاك وان من أبان امرأته طائعاً مختاراً بلا رضاها ومات والمرأة في عدته فانها ترث منه لانه لانه يعتبر فاراً من إرثها فيعامل بنقيض قصده ولذلك لو رضيت بالطلاق البائن في مرض الموت لا ترث لانتفاء التهمة عن المطلق » .

ومن الجدير بالذكر أن قانون المواريث في الجمهورية العربية المتحدة نص صراحة على حكم طلاق المريض مرض الموت من حيث توريث زوجته في المادة ١١ :

« وتعتبر المطلقة بائناً في مرض الموت في حكم الزوجة اذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق في هذا المرض وهي في عدته » .

وهذا أخذاً من مذهب الحنفية الذين يورثون الزوجة المطلقة في مرض الموت دون رضاها ما دامت في العدة خلافاً للمالكية الذين يورثونها ولو كان الطلاق برضاها حتى ولو بعد انتهاء عدتها ولو تزوجت .

وقد ذكر ابن رشد في بداية المجتهد [2] سبب الخلاف بين الائمة فقال :

« وسبب الخلاف اختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع ، وذلك أنه لما كان المريض يتهم في أن يكون إنما طلق في مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث ، فمن قال بسد الذرائع أوجب ميراثها ومن لم يقل بسد الذرائع ولحظ وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراثاً وذلك أن هذه الطائفة تقول إن كان الطلاق قد وقع فيجب أن يقع بجميع أحكامه لأنهم قالوا

---

(١) محكمة استئناف المنصورة دائرة الاحوال الشخصية بالزقازيق ١٩٥٨/١/٢ .
(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٥.

إنه لا يرثها إن ماتت ، وان كان لم يقع فالزوجية باقية بجميع أحكامها . ولا بد لخصومهم من أحد الجوابين لأنه يعسر أن يقال إن في الشرع نوعاً من الطلاق توجد له بعض أحكام الطلاق وبعض أحكام الزوجية ، وأعسر من ذلك القول بالفرق بين أن يصح أو لا يصح لان هذا يكون طلاقاً موقوف الحكم إلى أن يصح أو لا يصح وهذا كله مما يعسر القول به في الشرع ولكن إنما أنسى القائلين به أنه فتوى عثمان وعمر حتى زعمت المالكية أنه إجماع الصحابة ولا معنى لقولهم فان الخلاف فيه عن ابن الزبير مشهور .

وأما من رأى أنها ترث في العدة فلأن العدة عنده من بعض أحكام الزوجية ، وكأنه شبهها بالمطلقة الرجعية ، وروي هذا القول عن عمرو وعن عائشة . وأما من اشترط في توريثها ما لم تتزوج فانه لحظ في ذلك اجماع المسلمين على أن المرأة الواحدة لا ترث زوجين ، ولكون التهمة هي العلة عند الذين أوجبوا الميراث .

واختلفوا اذا طلبت هي الطلاق أو ملكها أمرها الزوج فطلقت نفسها ، فقال أبو حنيفة لا ترث أصلاً ، وفرق الاوزاعي بين التمليك والطلاق فقال ليس لها الميراث في التمليك ولها في الطلاق . وسوى مالك في ذلك كله حتى قال إن ماتت لا يرثها وترثه هي إن مات وهذا مخالف للأصول جداً » [١]

ثانياً : طلاق المرتد : اذا ارتد الزوج بانت زوجته ولا ترث منه في الاصل لان من شرائط الميراث اتحاد الدين بين الوارث والموروث إلا أن الفقهاء ألحقوا المرتد بحكم المريض مرض الموت واعتبروه فاراً من ميراث زوجته فيرد عليه قصده [٢] .

جاء في حكم لمحكمة مصر الابتدائية الشرعية [٣] :

« نص الفقهاء على أن المرتد ترثه امرأته المسلمة اذا مات أو قتل على ردته وهي في العدة لانه يصير فاراً وان كان صحيحاً وقت ردته » .

---

(١) نقلنا هذا النص بكامله نظراً لأهميته في هـــذه القضية الخلافية ، ولأنه يوضح تعليل خلاف الفقهاء في ذلك .

(٢) فتح القدير ٣٩٢/٤ ، ١٥١/٣ .

(٣) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ٢٦ أبريل ١٩٤٨ المحاماة س ١٩ ص ٣١٦ .

وجعلوا حكمه حكم المريض مرض الموت اذ طلق زوجته بقصد الفرار من إرثها له ومات وهي في عدته .

• • •

ما نراه في هذا الموضوع :

إن الشارع اذ أعطى الزوج حق الطلاق فقد جعل من ضميره الحي رقيباً على تصرفاته فلا يطلق إلا لحاجة وإلا كان كفراناً لنعمة الزواج التي قدسها الله .

هذه الرقابة أو هذا الحكم الدياني الذي جعله الاسلام في قلب كل مؤمن كان كفيلا أن لا يطلق الزوج زوجته إلا حين يعتقد أن المصلحة تقتضي ذلك اذ لم تعد الحياة المشتركة تصلح بينهما .

واليوم وقد بعد الناس عن دينهم ولم تعد تلك الرقابة الدينية في قلب كل منهم تعمل عملها ، لانجد مناصاً من أن يتدخل القضاء في تصرفات المكلفين .

فاذا أساء الزوج استعمال حقه كان لولي الامر أن يحول بينه وبين آثار حقه الذي استخدمه في طريق غير صحيح . واذا لم يكن ذلك من حق ولي الامر فلم إذن يحجر على السفيه ؟ ... بل أيهما أشد خطراً على المجتمع المال أم الاسرة ؟ ... وما الفرق بين سفيه يبذر أمواله فيحجر القاضي على تصرفاته وبين شخص يسيء التصرف في زواجه وطلاقه ؟ إذا أردنا أن نعرف الفرق بين السفيهين فلنبحث في آثار كل من سفه المال وسفه الزواج والطلاق يتبين لنا مدى الفرق بينهما ؟ ..

إن عقداً جعله الله من أوثق العقود لا يجوز أن يكون ألعوبة في أيدي الناس وان مستقبل الاسر والاولاد لا يجوز أن يكون بمنأى عن تفكير المشرع ورقابته .

ونحن نقول أنه اذا أساء الزوج استعمال حقه في الطلاق وجب عليه التعويض لزوجته

على أن لا يتناول ذلك كل طلاق ، كالطلاق بحكم القاضي مثلا بناء على طلب الزوجة أو برضاها ، فهذا لا تعويض فيه .

بل إننا نذهب إلى أكثر من هذا فنقول أن الزوجة اذا كانت تملك حق الطلاق بناء على تفويض الزوج لها — كما سيأتي بحثه — فطلقت نفسها طلاقاً تعسفياً أصاب الزوج من جرائه ضرر فيجب عليها التعويض لزوجها ، أي أن كل حالة طلقت فيها الزوجة نفسها وأساءت استعمال هذا الحق بحيث لو طلقها زوجها بمثل هذه الحالة وجب عليه التعويض فاننا لا نرى مبرراً للتفرقة بين تعسف الزوج في طلاقه وتعسف الزوجة اذ في كل من الحالتين ضرر يصيب الآخر [1] .

ولكن الى أي حد تجب مراقبة القضاء لمثل هذه التصرفات ؟ ...

نحن لا نقول بتدخل القضاء لمنع الطلاق أو الاذن به فهذا لا يجوز ولا نرضى به لانه فضلا عن مخالفة الشرع له فانه يتنافى مع المصلحة لان الحياة الزوجية قوامها المودة والمحبة وهي أمور نفسية لا تطولها يد القضاء .

ونرى علاج هذه الحالة بأمرين : —

١— تنمية الروح الدينية لدى سائر طبقات الشعب ليكون على كل فرد رقيباً من ضميره ودينه ووعيه الخلقي فلا يقدم على طلاق زوجته إلا اذا تيقن استحالة استمرار الحياة الزوجية بينه وبين زوجته . والاصل في الطلاق كما بينا الحظر الدياني وهذا أقوى من الحظر القضائي في نفوس تؤمن بالله وترجو ثوابه .

جاء في فتح القدير [2] — بعد أن ذكر أن الطلاق لا يباح إلا لحاجة — : « فان

---

(١) يلاحظ أن القانون التونسي لم يفرق في التعويض الذي يدفعه طالب الطلاق من الزوجين لزوجه الآخر بناء على حكم القاضي . راجع الفصل ٣١ من القانون التونسي .

(٢) فتح القدير ٢٢/٣ .

كان قادراً على طول غيرها مع استبقائها ورضيت باقامتها في عصمته بلا وطء أو بلا قسم فيكره طلاقه » .

ومعنى ذلك أن الطلاق لا يكون إلا بعـــد بذل جميع المحـــاولات لاستبقاء عرى الزوجية .

٢ـ وعلى القضاء أن يتدخل بآثار الطلاق لان الطلاق وان كان من حق الرجل ولكنه كسائر الحقوق مقيد بما شرع له [١] فاذا ما أساء الزوج استعمال حقه كان على القضاء أن يحكم بالتعويض على مطلقته . لان في الطلاق التعسفي ضياع لمستقبل الزوجة وتفويت لفرص لها قد لا تعود . والقاضي منوط به إنصاف المظلومين فعليه معاقبة من لا يحسن أو يسيء التصرف سواء أكان ذلك في ماله أم في طلاقه . فمن طلق زوجته وأصابها ضرر من جراء ذلك ، أو لم يكن هناك من سبب شرعي يدعو اليه ـ كما قررت محكمة التمييز السورية ـ فالطلاق تعسفي يجب فيه التعويض .

وفقهاؤنا حين أجمعوا على إعطاء حق الطلاق للرجل بارادته المنفردة ، انما قرروا ذلك لمن يستخدم هذا الحق في محله بشكل معقول لا يترتب عليه إضرار بالزوجة اذ لا ضرر ولا ضرار في الاسلام .

وكما يقول فضيلة الاستاذ سرحان رحمه الله [٢] :

« ان الحياة الاجتماعية قد تغيرت ظروفها واحوالها عن ذي قبل فعلى المشرع أن يراعي هذا التغيير الهائل في حياتنا الاجتماعية ، والا يتقيد بما قيدنا به الفقهاء من الاحكام التي كانت تلائم بيئتهم وظروفهم » .

ونرى أن يكون هذا التعويض المتعة التي شرعها الله والتي سوف نبين أحكامها

---

(١) مدى استعمال الحقوق الزوجية ص ٢٣٠ للدكتور السعيد مصطفى السعيد .

(٢) الاحوال الشخصية ص ٢٩٠ .

وبذلك نقضي على الخلاف القائم حول اختصاص المحاكم المدنية أو الشرعية بالحكم بالتعويض [1] .

* * *

المتعة :

المتعة هي مبلغ من المال يدفعه الزوج لمطلقته تعويضاً عما أصابها من بؤس وفاقة بطلاقه إياها [2] وقد اختلف الفقهاء في وجوبها . قال بعضهم إن المتعة لكل مطلقة وجوباً . وقال بعضهم يندب ذلك ولا يجب. وتوسط آخرون فقالوا أنها تجب للمطلقة قبل الدخول اذا لم يسم لها ويندب لمن سواها .

قال الظاهرية :

المتعة لكل مطلقة :

جاء في المحلى [3] ـ المتعة فرض على كل مطلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً أو آخر ثلاث وطئها أو لم يطأها فرض لها صداقها أو لم يفرض لها شيئا ... ويجبره الحاكم على ذلك أحب أم كره .

ودليل ذلك قوله تعالى « وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين » [4]

---

(١) التعسف باستعمال الحقوق ٤٩٦ حسين عامر .

(٢) جاء في تفسير المنار في حكمة المتعة ٢/٤٣٠ .

« ان في هذا الطلاق غضاضة وايهاماً للناس أن الزوج ما طلقها الا وقد رابه منها شيء فاذا هو متعها متاعاً حسناً تزول هذه الغضاضة ويكون هذا المتاع الحسن بمنزلة الشهادة بنزاهتها ، والاعتراف بأن الطلاق كان من قبله أي لعذر يختص به لا من قبلها ولا لعلة فيها لأن الله تعالى أمرنا أن نحافظ على الاعراض بقدر الطاقة ، فجعل هذا التمتع كالمرهم لجرح القلب لكي يتسامح به الناس فيقال ان فلاناً أعطى فلانة كذا وكذا فهو لم يطلقها إلا لعذر وهو آسف عليها معترف بفضلها لا أنه رأى عيباً فيها أو رابه شيء من أمرها . »

(٣) المحلى ١٠/٢٤٥ .

(٤) سورة البقرة آية ٢٤١ .

وقوله تعالى (ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقاً على المحسنين [١]).

فعم عز وجل كل مطلقة ولم يخص وأوجبه حقاً على كل متق يخاف الله تعالى .

وهذا قول علي والحسن وسعيد بن جبير وابن شهاب الزهري .

ولم يقدر ابن حزم المتعة بمقدار معين من المال بل ذكر أن الامر في ذلك يخضع للعرف اذ لا نص في الموضوع واذا رجعنا إلى صحابة رسول الله نجد أن كلاً منهم قد متع حسب حـــاله دون تحديد وقال : « إن المتعة مردودة إلى ما كان معروفاً عندهم يومئذ [٢] . »

وقال الشافعية :

تجب المتعة لكل مطلقة ما عدا من طلقت قبل الدخول وكان قد سمى لها مهراً فلها نصفه بنص القرآن الكريم .

جاء في مغني المحتاج [٣] للمطلقة قبل الوطء متعة على الجديد إن لم يكن لها شطر مهر بان كانت مفوضة ولم يفرض لها شيء .

أما اذا فرض لها في التفويض شيء فلا متعة لها لانه لم يستوف منفعة بضعها فيكفي شطر مهرها .

وجاء فيه : وتجب المتعة لموطوءة في الاظهر الجديد سواء أفوض طلاقها اليها فطلقت أو علقه بفعلها ففعلت لعموم قوله تعالى . « وللمطلقات متاع بالمعروف [٤] » .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٦ .

(٢) المحلى ٢٤٦/١٠ .

(٣) مغني المحتاج ٢٤١/٣ .

(٤) والقول الثاني للشافعية في القديم : لامتعة للمطلقة بعد الدخول لاستحقاقها المهر ، ولأنها اذا لم تستحقها مع شطر المهر فمع كل المهر أولى . وأجيب عن ذلك بأن جميع المهر وجب في مقابلة استيفاء منفعة البضع فخلا الطلاق عن الجبر بخلاف من وجب لها النصف فان بضعها سلم لها فكان الشطر جابراً للايحاش .

وأما مقدارها لدى الشافعية فقالوا يجب أن لا تزيد على مهر المثل وقيل يقدرها القاضي حسب حال الزوجين من يساره ونسبها وما يراعي في مهر المثل [١] .

واذا كان الطلاق رجعياً فلا تستحق الزوجة المتعة إلا بعد انتهاء العدة لأن الرجعية زوجة للمطلق لها أحكام الزوجية ما دامت في العدة [٢] .

ويشترط في وجوب المتعة أن لا يكون سبب الطلاق من الزوجة [٣] كردتها مثلاً أو فسخ العقد بسبب عيب فيها يجيز الفسخ سواء أكان قبل الدخول أو بعده لان المهر يسقط بذلك ووجوبه آكد من وجوب المتعة بدليل أنهما « لو ارتدا معاً لامتعة ويجب الشطر [٤] » .

وقال الاحناف :

الطلاق الذي تجب به المتعة هو ما كان قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه ولم يكن سبب الفرقة من قبل الزوجة والا فلا متعة لها .

أما المطلقة بعد الدخول فيستحب لها المتعة سواء سمي لها المهر أم لم يسم . وعلى كل حال يجب أن لا تزيد المتعة عن نصف مهر المثل .

جاء في متن القدوري [٥] — وتستحب المتعة لكل مطلقة الا مطلقة واحدة وهي التي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهراً [٦] . وقال الشارع : فالمتعة لها واجبة إلا اذا جاءت الفرقة من قبلها .

---

(١) نهاية المحتاج ٦/٢٤ .
(٢) تحفة المحتاج ٧/٤١٥ .
(٣) فتح الباري ٩/٤٣٥ .
(٤) مغنى المحتاج ٣/٢٤١ .
(٥) الجوهرة على القدوري ٢/١٦ .
(٦) وعلى هذا فالمطلقات :
١— مطلقة مدخول بها قد فرض لها مهر فلها كل المفروض .
٢— ومطلقة غير مدخول بها ولا مفروض لها فيجب لها المتعة .
٣— ومفروض لها غير مدخول بها فلها نصف المهر المفروض .
٤— ومطلقة مدخول بها غير مفروض لها فلها مهر مثلها بلا خلاف .

المالكية :

وعند المالكية قولان في المتعة اشهرهما أنها مستحبة لكل مطلقة والقول الثاني أنها واجبه .

جاء في شرح الخرشي [١] : « المشهور من المذهب أن المتعة وهي ما يعطيه الزوج لمطلقته ليجبر بذلك الالم الذي حصل لها بسبب الفراق مستحبة .. والندب هو المشهور وقيل بالوجوب » .

وقد رجح القرطبي الوجوب ، فقال [٢] : بعد أن ذكر رأي من قال بالوجوب ومن قال بالندب : « والقول الاول أولى لان عمومات الامر بالامتاع في قوله : متعوهن واضافة الامتاع اليهن بلام التمليك في قوله : وللمطلقات متاع أظهر في الوجوب منه في الندب . وقوله على المتقين : تأكيد لايجابها لان كل واحد يجب عليه أن يتقي الله في الاشراك به ومعاصيه ، وقد قال تعالى في القرآن « هدى للمتقين » .

وأما حد المتعة فقال مالك : ليس للمتعة عندنا حد معروف في قليلها ولا كثيرها [٣]

الحنابلة :

وعند الحنابلة ثلاث روايات أشهرها أن للمطلقة قبل الدخول المتعة اذا لم يسم لها مهراً وجوباً ويستحب لغيرها .

جاء في المحرر [٤] : ولا متعة إلا لهذه المفارقة قبل الفرض والدخول .

وعنه : تجب لكل مطلقة .

وعنه تجب للكل الا لمن دخل بها وسمى مهرها .

---

(١) شرح الخرشي على خليل ٣/٢٧٧ .
(٢) تفسير القرطبي ٣/٢٠٠ .
(٣) تفسير القرطبي ٣/٢٠١
(٤) المحرر ٢/٣٧ .

وقال أبو بكر من الحنابلة : كل من روى عن أبي عبد الله فيما أعلم روى عنه أنه لا يحكم بالمتعة الا لمن لم يسم لها مهراً الا حنبلاً فانه روى عن أحمد أن لكل مطلقة متاعاً .

وقال أبو بكر : والعمل عليه عندي لولا تواتر الروايات عنه بخلافها .

الجعفرية :

وقال الجعفرية : لاتجب المتعة إلا للمطلقة قبل الدخول التي لم يفرض لها مهر .

جاء في مجمع البيان (١) وعندنا لا تجب المتعة إلا للمطلقة التي لم يدخل بها ولم يفرض لها مهر .

• • •

هذه أحكام المتعة في الشريعة الاسلامية وهي تعويض عما أصاب الزوجة المطلقة من ايحاش زوجها ومن تضررها بالطلاق (٢) .

ويمكن المرونة في هذا النظام طالما أنه أمر اجتهادي اختلف الفقهاء في وجوبه أو الندب اليه من حيث ايجابه ومن حيث تقديره .

ولكننا مع ذلك نرى أن يحدد المشرع مقدار المتعة التي ترك الفقهاء أمر تحديدها للعرف ، ولا نستحسن ترك تقديرها للقضاء خشية أن تبلغ مقداراً جسيماً ينوء به الزوج فنكون قد أعطينا الزوج حقاً بيد وسلبناه منه بيد أخرى ، فالمتعة يجب الا تكون مرهقة بحيث تحول دون الحق الطبيعي المشروع للزوج .

---

(١) مجمع البيان ١٦٩/٢٧ .

(٢) في فتاوى النووي : إن وجوب المتعة مما يغفل النساء عن العلم بها فينبغي تعريفهن واشاعة حكمها حكمها ليعرفن ذلك مغني المحتاج ٣٤١/٣ .

وحسناً ما فعله القانون السوري حيث نص على أن التعويض يجب الا يزيد على نفقة سنة [1] .

وإلى هذا ذهبت محكمة التمييز السورية أيضاً حيث قررت أن تعويض الطلاق التعسفي يجب الا يزيد عن نفقة سنة للمطلقة [2] .

وان كنا نرى عدم التفرقة بوجوب المتعة بين المطلقة التي أصابها ضرر وفاقة وكان طلاقها دون سبب كما ذهب القانون السوري والمطلقة التي لم يصبها بؤس وفقر بطلاقها فالتعويض يجب أن يشمل كل مطلقة بعد الدخول بصرف النظر عن وضعها المالي أو الاجتماعي وبخاصة اذا اردنا أن نرتب هذا التعويض على إساءة الزوج فلا دخل لفقر المرأة أوغناها في سوء استعمال الزوج حقه بالطلاق .

وبهذا أيضاً نكون قد جعلنا التعويض مشروعاً تماماً كما نص الفقهاء على أحكام المتعة حين الطلاق .

* * *

(١) وقد انتقد ذلك استاذنا الدكتور السباعي وطالب أن لا تحدد بنفقة سنة بل يترك تقدير ذلك للقضاء الاحوال الشخصية ص ١٨٥ .

(٢) قرار محكمة التميز السورية ١٩٦١/٨/٦ .

الفصل الثالث

انواع الطلاق

المبحث الاول

الطلاق الرجعي وأحكام الرجعة

الطلاق الرجعي ثلاثة أنواع : رجعي ، وبائن بينونة صغرى ، وبائن بينونة كبرى .

١) فالرجعي : هو الذي يملك فيه الرجل مراجعة زوجته ما دامت في العدة ولو بدون رضاها لأنها لا تزال زوجته .

٢) والبائن بينونة صغرى : هو الذي يملك فيه الرجل مراجعة زوجته بعقد جديد ومهر جديد .

٣) أما البائن بينونة كبرى : فلا يملك فيه الرجل مراجعة زوجته الا بعد أن تنكح زوجاً غيره ويطلقها .

وسنتناول البحث في هذه الانواع :

الطلاق الرجعي :

الاصل في الطلاق أن يكون رجعياً وذلك ليتدارك المطلق أمره فلعله يندم على فعله فيراجع زوجته ما دامت في العدة .

جاء في البدائع [1] : « والطلاق شرع في الاصل بطريق الرخصة للحاجة ولا حاجة إلى البائن لان الحاجة تندفع بالرجعي فكان البائن طلاقاً من غير حاجة » .

والدليل على ذلك أن الله لم يذكر الطلاق في القرآن الكريم الا وذكره مقروناً بالرجعة إلا في حالات سوف نذكرها بعد قليل .

فقوله تعالى : « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » . أي كل طلاق يتبعه أحد الامرين الرجعة أو التسريح باحسان [2] .

وقوله تعالى : « واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف » ، واذا من أدوات العموم فكأنه يقول : أي طلاق وقع من الزوج فحكمه الرجعة ما عدا الثلاثة لأن لها حكماً آخر [3] :

وقوله تعالى : « يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة ؛ وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه ، لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً » [4] .

ومعنى قوله : « لاتخرجوهن من بيوتهن » هذا في الطلاق الرجعي حيث السكن والنفقة على الزوج بعكس الطلاق البائن [5] .

ومعنى قوله : لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا ؛ الامر هنا كما ذكر المفسرون : الرجعة [6] .

---

(١) البدائع ٣/٩٦
(٢) أغاثة اللهفان ١/٢٩٩
(٣) احكام القرآن للجصاص ٢/٤٧٠ .
(٤) سورة الطلاق آية ١
(٥) فتاوى أبن تيمية ٣/١٥
(٦) زاد المعاد ٤/٥٢ .

والطلاق الرجعي هو ما كان بعد وطء وليس الطلقة الثالثة بلا خلاف بين الفقهاء واختلفوا في الطلاق على مال ، أي الخلع وجمهور الفقهاء على أنه طلاق بائن [1] ما عدا الظاهرية حيث قالوا أنه طلاق رجعي [2] .

الرجعة :

اذا طلق الزوج زوجته طلقة رجعية فله حق مراجعتها إلى عصمته ما دامت في العدة لأنها لا تزال زوجته [3] . وذلك بأن يقول لها راجعتك أو أي لفظ آخر صريحاً كان أو كناية مع النية .

وسنبحث في هذا الموضوع خمسة أمور دون تطويل وهي :

(١) تعريف الرجعة .

(٢) دليلها ومصدرها .

(٣) بم تحصل المراجعة .

(٤) شرط عدم المضارة .

(٥) اعلام الزوجة بالمراجعة .

(٦) الاشهاد على المراجعة .

١ ــ تعريف الرجعة :

يعرف الاحناف الرجعة بأنها استدامة النكاح القائم ومنعه من الزوال [4] .

---

(١) البدائع ٩٦/٣ .

(٢) المحلى ١٨٢/١٠

(٣) التاج المذهب ١٢٨/٣

(٤) هذا ما لم يطرأ على أحد الزوجين سبب يفسخ العقد كردة أحدهما مثلا أثناء العدة فلا تصح المراجعة حينئذ لانه مالا يجوز ابتداء لا يجوز بقاء .

فقد جاء في البحر الرائق [1] ، الرجعة : إبقاء النكاح على ما كان ما دامت في العدة.

أما الشافعية فيقولون بأن الرجعة هي رد الزوجة إلى النكاح الذي زال بالطلاق ، فليست الرجعة استدامة النكاح القائم من كل الوجوه ، بل هي استدامة من وجه وانشاء من وجه ، بعكس الاحناف اذ النكاح عندهم قائم في العدة الرجعية من كل الوجوه .

جاء في نهاية المحتاج [2] — الرجعة : رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدة .

وعرف الدرديري من المالكية الرجعة : عود الزوجة المطلقة للعصمة من غير تجديد عقد [3] .

وعرف الزيدية الرجعة في التاج المذهب [4] الرد إلى نكاح في عدة طلاق غير بائن .

أما الحنابلة فقالوا في الفروع [5] : من طلق بلا عوض من دخل بها ودون ما يملكه من العدد فله رجعتها ما دامت في عدتها .

(٢) دليل الرجعة ومصدرها :

الكتاب والسنة والاجماع والمعقول :

الكتاب الكريم — قال تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ، ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر ، وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا اصلاحاً » .

والمراد بقوله تعالى : وبعولتهن أحق بردهن أي بمراجعتهن [6] .

---

(١) البحر الرائق ٥٤/٤ .
(٢) نهاية المحتاج ١٤٧/٦
(٣) شرح الدسوقي على مختصر خليل ٤٨٥/٢
(٤) التاج المذهب ٢١٦/٢
(٥) الفروع ٢٢٨/٣
(٦) تفسير الشوكاني ٢٢٨/٢

وقد أخرج مالك والشافعي والترمذي وابن جرير والبيهقي في سننه عن هشام بن عروة عن أبيه قال : « إن كان الرجل اذا طلق امرأته ثم ارتجعها قبل أن تنقضي عدتها كان ذلك له ، وان طلقها الف مرة فعمد رجل إلى امرأته فطلقها ، حتى اذا ما دنا وقت انقضاء عدتها ارتجعها ، ثم طلقها ، ثم قال : والله لاأقربك إلي ولا تحلين أبداً فأنزل الله : « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » فاستقبل الناس الطلاق جديداً من يومئذ من كان منهم طلق ومن لم يطلق [1] » .

• • •

السنة الكريمة :

عن عمر بن الخطاب : ان النبي صلى الله عليه وسلم لما طلق حفصة جاءه جبريل فقال له راجع حفصة فانها صوامة قوامة .

وقد دل هذا الحديث على جواز الرجعة لأن النبي عليه السلام لا يفعل إلا ما كان جائزاً مباحاً [2] .

وكذلك روى عن ابن عمر أنه طلق زوجته وهي حائض فأمره النبي عليه السلام أن يراجعها .

والاجماع :

وقد انعقد الاجماع على أن من طلق زوجته طلاقاً رجعياً فله رجعتها ما دامت في العدة [3] .

والمعقول :

لأن الحاجة تمس إلى الرجعة بعد أن يطلق الزوج زوجته قد تبدو ضرورية فقد يندم

---

(١) تفسير الشوكاني « فتح القدير » ٢/٢٣١

(٢) البدائع ٣/١٨١

(٣) المغنى ٨/٤٧٠

على ما فعل أو يتبين له خطأ فعله ولهذا جعل له الشارع الحكيم فرصة المراجعة في الطلاق الرجعي . ومما يؤكد هذا المعنى أن العدة جعلت ثلاثة أقراء مع أن براءة الرحم تعرف بقرء واحد .

جاء في تفسير المنار في تفسير قوله تعالى [1] : « وبعولتهن أحق بردهن » : « هذا لطف من الله وحرص من الشارع على بقاء العصمة الأولى فان المرأة اذا طلقت لأمر من الأمور فقلما يرغب بها الرجال ، وأما بعلها المطلق فقد يندم على طلاقها ، ويرى أن ما طلقها لاجله لا يقتضي مفارقتها دائماً فيرغب في مراجعتها » .

وخلاصة القول أن الشرع الإسلامي وقد انفرد بهذا النظام عن بقية الشرائع والقوانين فأعطى للزوج حق المراجعة خشية أن يكون طلاقه نتيجة وهم خاطىء ، فيتدارك ذلك أو قد ترجع المرأة إلى صوابها فتصلح أخطائها .

جاء في البدائع [2] « قد يندم الرجل اذا تبين خطأه لهذا أمره أن يطلق طلقة واحدة رجعية يسترجع ما فاته بالمراجعة إذا لم يستطع الصبر عنها مثلاً او بنى أمر طلاقه على شيء تبين له فيه الخطأ والفساد » .

• • •

٣ ـ بم تحصل الرجعة :

المراجعة بالقول :

لاخلاف بين الفقهاء أن الرجعة تصح باللفظ الصريح الدال عليها كقوله راجعتك .

أما إذا كان اللفظ كناية قال الأحناف والمالكية والشافعية تصح المراجعة بلفظ الكناية مع النية .

---

(١) تفسير المنار ٢/٣٧٤

(٢) البدائع ٣/٩٥ .

وقال الجعفرية والزيدية والظاهرية ورواية عند الحنابلة لا تصح المراجعة بلفظ الكناية ولو نوى .

المراجعة بالفعل :

ذهب الشافعية والظاهرية إلى أن الرجعة لا تصح إلا بالقول .

وقال الأحناف والزيدية والجعفرية : تصح الرجعة بالفعل كالوطء ومقدماته من تقبيل ولمس بشهوة [1] .

وقال المالكية : تحصل الرجعة بالفعل اذا نوى الرجعة وإلا فلا .

أما الحنابلة فقالوا تصح الرجعة بالفعل على أن يطئها ، أما ما دون ذلك فلا تصح به الرجعة ، وفي رواية لا تصح الرجعة إلا بالقول .

أما حجة الذين ذهبوا إلى أن الرجعة لا تصح بالفعل فهي :

١ـ أن ابن عمر لما طلق زوجته في الحيض أمره النبي عليه السلام بمراجعتها ، ولما كان لا يجوز قربان الزوجة أثناء الحيض فدل على أن المراجعة بالقول لا بالفعل .

ولكن هذا الدليل لا يدل على عدم جواز الرجعة بالفعل بل يثبت جواز الرجعة بالقول .

٢ـ أن النكاح قد زال بالطلاق والوطء من آثار النكاح فوجب أن يزول بزوال النكاح ، لأن الرجعة عند الشافعي اعادة للنكاح الذي ازاله الطلاق لقوله تعالى : «وبعولتهن أحق بردهن» والرد معناه الاعادة .

جاء في مختصر المزني [2] ـ فان جامعها ينوي الرجعة او لا ينويها فهو جماع شبهة ويعزران إن كانا عالمين .

---

(١) جاء في حكم لمحكمة أبنوب الشرعية ١٩ يونية ٩٢٩ مجلة المحاماة عدد ٨ و ٩ تتم الرجعة عندنا بغير اشهاد بالقول أو بالفعل في عدة الطلاق الرجعي ولو لم ترض المطلقة .

(٢) مختصر المزني ٤/٨١

وقال في المنهاج [1] : ولا تحصل بفعل كوطء .

وقال ابن حزم [2] : « لم يأت بأن الجماع رجعة قرآن ولا سنة ، ولا خلاف في أن الرجعة بالكلام رجعة فلا يكون إلا بما صح أنه رجعة ، وقال تعالى : « فأمسكوهن بمعروف » والمعروف ما عرف به ما في نفس الممسك الراد ولا يعرف ذلك إلا بالكلام »

وأما الذين قالوا تصح الرجِعة بالفعل فقد احتجوا بما يأتي :

١- أن الرجعة عند أصحاب هذا الرأى هي استدامة للنكاح وليست انشاء له كما ذهب الشافعي واستدامة النكاح لا تختص بالقول ولهذا حل له الوطء لانها زوجته .

٢- أن الله قد سمى الزوج بعلاً بقوله تعالى « وبعولتهن أحق بردهن » وهذا دليل على بقاء الزوجية .

جاء في المبسوط [3] - في قوله تعالى : وبعولتهن أحق بردهن إنما يكون أحق اذا استبد به . والبعل هو الزوج وفي تسميته بعلا بعد الطلاق الرجعي دليل بقاء الزوجية بينهما فالمباعلة هي المجامعة ففيه إشارة إلى أن وطأها حلال له .

وكذلك لو قبلها بشهوة أو لمسها بشهوة ... لان هذه الافعال تختص بالملك للحل كالوطء فتكون مباشرته دليل استبقاء الملك .

وجاء في التاج المذهب [4] : تصح باللفظ أو الفعل من وطء أو مقدماته وان لم ينو لكنه يأثم إذا لم ينو .

---

(١) مغنى المحتاج ٣٣٦/٣

(٢) المحلى ٣٥٢/١٠

(٣) المبسوط ١٩/٦-٢١

(٤) التاج المذهب ٢٣٢/٢

وفي اللمعة الدمشقية [1] — والرجعة تكون بالقول وبالفعل كالوطء والتقبيل واللمس بشهوة .

وقال صاحب الروضه البهية في شرحه لدلالته على الرجعة بالقول وربما كان أقوى منه ، ولا تتوقف اباحته على تقدم رجعة لانها زوجته .

وقال المالكية في شرح الخرشي [2] : ولا تحصل الرجعة بفعل مجرد عن نية الرجعة ولو بأقوى الأفعال كوطء وأحرى قبلة ولمس .

أما الحنابلة فقد جاء في المغنى [3] : وظاهر كلام الخرقي أن الرجعة لا تحصل إلا بالقول ... والرواية الثانية تحصل الرجعة بالوطء سواء نوى به الرجعة أو لم ينو .

وبالرجوع إلى الانصاف [4] وجدت أن المذهب هو الرواية الثانية فقد جاء فيه :

« وتحصيل الرجعة بوطئها نوى الرجعة به أو لم ينو » .

« وهذا المذهب مطلقاً وعليه جماهير الاصحاب » .

• • •

هل تصح المراجعة بفعل من الزوجة ؟ ...

قال الاحناف : اذا جامعت الزوجة المطلقة رجعياً زوجها وهو نائم أو كان مجنونا أو لمسته أو قبلته بشهوة فالرجعة تثبت بفعلها هذا ما دامت في العدة .

جاء في تحفة الفقهاء [5] : ولو جامعت الزوج وهو نائم أو مجنون ، تثبت الرجعة .

---

(١) اللمعة الدمشقية ٢/١٥٤ .
(٢) شرح الخرشي ٣/٢٢٢ .
(٣) المغنى ٨/٤٨٢ .
(٤) الانصاف ٩/١٥٤ .
(٥) تحفة الفقهاء ٢/٢٦١ .

وفي المبسوط [1] : فأما إذا قبلته بشهوة أو لمسته بشهوة تثبت به الرجعة عند أبي حنيفة ومحمد . ولا تثبت عند أبي يوسف لأن هذا الفعل من الزوج دليل استبقاء الملك وليس لها ولاية استبقاء الملك فلا يكون فعلها رجعة . وابو حنيفة ومحمد قالا : فعلها به كفعله بها فان الحل مشترك بينهما وفعلها به في حرمة المصاهرة كفعله فكذلك في الرجعة .

وفي الجوهرة [2] : « لو جامعته وهو نائم أو مغمى عليه أو مجنون صار مراجعاً . واذا لمسته هي أيضاً بشهوة كان رجعة عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف اذا لمسته فتركها وهو يقدر على منعها فهو رجعة وان منعها ولم يتركها لم يكن رجعة » .

ونحن نرى ان التساهل في امر الرجعة حتى ولو كان من جانب الزوجة هو اقرب إلى المصلحة حيث يوافق بين الزوجين ويبعد شقة الخلاف بينهما .

وليس في مراجعة الزوجة بفعلها اكراه للزوج حيث طلق ليفارق زوجته لأنه يملك ان يطلقها ثانية ان اصر على عدم العودة .

٤ ـ الرجعة بقصد المضارة :

اذا راجع الزوج زوجته بقصد المضارة لا الاصلاح والتوفيق فهل تصح هذه الرجعة ام تعتبر باطلة ؟

اذا تتبعنا آيات القرآن الكريم التي جاءت باحكام المراجعة نرى أنها قيدت الزوج بمراجعة زوجته في كل موضع أباحت له ذلك كقوله تعالى : فامساك بمعروف وقوله : ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ـ وقوله : « وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا » .

فمن راجع زوجته وفق ما جاء في القرآن الكريم فرجعته صحيحة بدون خلاف

---

(١) المبسوط ٦/٢١ .

(٢) الجوهرة ٢/٥٠ .

بين الفقهاء . أما المراجعة بقصد تطويل العدة أو المراجعة بقصد التطليق ثانية أو ثالثة حتى تبين منه بينونة كبرى فهذا حرام لا يجوز لمخالفته المشروع .

وقد اختلف الفقهاء في هذا الموضع هل تصح الرجعة مع الاثم أم لا تصح لانها فقدت شرطاً من شروط صحتها حيث لم تكن بقصد الاصلاح بل بقصد المضارة .

قال جمهور الفقهاء : الرجعة صحيحة ويأثم الزوج إن قصد اضرار زوجته بهذه المراجعة .

وقال ابن حزم وابن تيمية وبعض الزيدية : الرجعة بقصد المضارة باطلة لمخالفتها القرآن الكريم .

قال الطبري [1] : « وان اراد ضرار المراجعة برجعته فمحكوم له بالرجعة وان كان آثماً برثائه في فعله ومقدماً على ما لم يبحه الله له . والله ولي مجازاته فيما أتى من ذلك»

ودليل الجمهور قوله تعالى : « ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه » بعد النهي عن المراجعة ضراراً . ووجه استدلالهم بهذه الآية : أنه لا يكون ظالماً لنفسه إلا اذا كانت رجعته واقعة وان قصد بها الاضرار بمطلقته . اذ لو لم تكن الرجعة صحيحة وكانت لغوا لما كان هناك وجه لوصفه بأنه ظالم نفسه .

ولا أدري لماذا لا يكون ظالما نفسه اذ خالف شرع الله فيما أمره به فراجع بقصد المضارة والقرآن صريح بأن الرجعة بقصد الاصلاح لا الاضرار [2] .

وقال ابن حزم في المحلى : [3] « انما يكون البعل أحق بردها أن أراد إصلاحا بنص القرآن .

---

(١) تفسير الطبري ٤/٥٢٩

(٢) فقه القرآن والسنة (حسن مأمون) ص ١٢٩ .

(٣) المحلى ١٠/٢٥٣

وقال : لا يمكّن من الرجعة الا من اراد اصلاحا وامسك بمعروف فلو طلق اذن ففي تحريمه الروايات .

ويقول : القرآن يدل على أنه لا يملك وانه لو أوقعه لم يقع كما لو طلق البائن .

ومن قال أن الشارع ملك الانسان ما حرم عليه فقد تناقض [١]

وجاء في الاختيارات العلمية : [٢] أن الله سبحانه وتعالى حرم على الرجل أن يرتجع المرأة يقصد بذلك مضارتها بأن يطلقها ثم يمهلها حتى تشارف انقضاء العدة ثم يرتجعها ثم يطلقها قبل جماع أو بعده ويمهلها حتى تشارف انقضاء العدة ثم يرتجعها فتصير العدة تسعة أشهر .

ومعلوم أن هذا الفعل لو وقع اتفاقاً من غير قصد منه بأن يرتجعها راغباً فيها . ثم يبدو له فيطلقها ثم يبدو له فيرتجعها راغبا ثم يبدو له فيطلقها لم يحرم ذلك عليه لكن لما فعله لا للرغبة لكن لمقصود آخر وهو أن يطلقها بعد ذلك ليطيل العدة عليها حرم ذلك عليه .

وفي التاج المذهب [٣] : « ويحرم على الزوج قصد الاضرار للزوجة بالرجعة لمنعها من الزواج بغيره لا رغبة فيها وكذا لو تركها إلى أقرب وقت لآخر العدة فيراجعها ثم يطلق ثم كذلك لئلا تنكح » .

وفي الروض النضير [٤] : قال الهادي عليه السلام تحرم مراجعتها ليمنعها الزوج اذ هو اضرار بها وقد قال تعالى : « لا تمسكوهن ضرارا » .

---

(١) الفروع ٢٥٣/٣

(٢) الاختيارات العلمية ص ٢١١

(٣) التاج المذهب ٢٣٥/٢

(٤) الروض النضير ١١٢/٤

وقد روي البيهقي عن مجاهد قال : الضرار أن يطلق امرأة تطليقة ثم يراجعها عند آخر يوم من الاقراء ثم يطلقها ثم يراجعها عند آخر يوم يبقى من الاقراء يضارها بذلك.

وقال الفراء [1] : في تفسير قوله تعالى : ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا : تطويله لرجعتها هو الضرار بها .

يقول ابن العربي [2] في قوله تعالى إن أرادوا إصلاحا « المعنى إن قصد بالرجعة إصلاح حاله معها وإزالة الوحشة بينهما لا على وجه الاضرار والقطع بها عن الخلاص من ربقة النكاح فذلك له حلال ، والا لم يحل له . ولما كان هذا أمرا باطنا جعل الله الثلاث علما عليه ، ولو تحققنا نحن ذلك القصد لطلقنا عليه » .

والذي فهمته من هذا النص ان المانع من عدم اعتبار الرجعة التي حصلت بقصد الاضرار هو ان هذا القصد امر باطني ليس من السهل إثباته .

أما اذا ثبت الاضرار وتبين لنا أن الرجل لم يراجع زوجته الا بقصد مضارة الزوجة لاالاصلاح فالذي يفهم من كلام ابن العربي هو أن الرجعة في هذه الحالة التي تقوم القرائن على المضارة رجعة باطلة .

والآن لنتساءل اذا راجع الزوج ودون أي سبب بل قبل أن يمسها طلقها الا يعتبر هذا قرينة على قصد الاضرار لا قصد الاصلاح .

ولهذا فاني أرى أنه اذا قامت القرائن لدى القاضي بأن مراجعة الزوج لزوجته لم يكن القصد منها الا الاضرار فيجب عليه اذا ما طلبت الزوجة بطلان الرجعة أن يبطلها كأن لم تكن .

ومما يؤيد رأيي هذا أن أحكام الرجعة جاءت بالقرآن الكريم لتبدل ما كان عليه

---

(١) معاني القرآن ١/١٤٨

(٣) أحكام القرآن ١/٢٠٠

العرب حين كانوا يطلقون ثم يراجعون للمضارة فنزلت الآية « وبعولتهن أحق بردهن إن أرادوا إصلاحا » . تنسخ ما كانوا عليه .

وقد اطلعت في القانون الاندنوسي على نص يبدو غريبا لاول وهلة ولكنه قد ينسجم مع هذه النقطة التي نبحثها وهي قصد المضارة فقد جاء في المادة ٦٠ (١) — اذا رفضت المراجعة تستطيع أن ترفع شكواها إلى المحكمة الشرعية اذا لزم الامر .

أي أنه يشترط في المراجعة موافقة الزوجة وقد عللوا ذلك بأن الطلاق حصل أثر الخصام والنزاع بين الزوجين فاستقلال أحد الطرفين بالمراجعة دون رضا الاخر معناه عودة الامور لما كانت عليه من الشقاق .

ونحن وان كنا لا نوافق على ما ذهب اليه هذا القانون من حيث المبدأ ولكن فيه إشارة صريحة إلى أن المراجعة يجب أن تكون بقصد الاصلاح والتوفيق بين الزوجين .

قال الرازي في تفسيره (٢) : وصيغة التفضيل « أحق » لافادة أن الرجل اذا اراد الرجعة والمرأة تأباها وجب إيثار قوله على قولها لان لها أيضاً حقاً في الرجعة .

ويقول أستاذنا الجليل الشيخ حسن مأمون (٣) : « ونحن نميل إلى رأى الجمهور اذا لم توجد قرائن أن المطلق قصد المضارة بمراجعة مطلقته وإلى الاخذ بقول مخالفيهم اذا وجدت هذه القرائن » .

ولا يرد على هذا النظام أن الرجل حين يراجع زوجته قد يكون ذلك دون رغبتها فيجبرها على العودة إلى حياة زوجية لا ترغب فيها . فالجواب على ذلك : أن الرجل لايملك مراجعة زوجته إلا حين يطلقها بناء على رغبته لا تحقيقاً لرغبتها المنفردة وبمعنى

---

(١) راجع رسالة عيسى سارول : الطلاق في أندنوسيا .

(٢) تفسير الرازي ٢/٣٧٠

(٣) فقه القرآن والسنة ص ١٣٠

آخر أن المراجعة تكون حين ينفرد الزوج بالطلاق في غالب الأحوال ، بدون رغبة الزوجة فليس اذن من المضارة أن يراجعها بدون رضاها ، هذا اذا لم يقصد المضارة .

واما حين يكون الطلاق بناء على اتفاق بين الزوجين كما في الخلع أو بناء على طلب المرأة التفريق من القاضي ففي هذه الحالات إن لم يكن الطلاق بائناً كان فسخاً في بعض المذاهب ، وفي جميع هذه الأحوال لا يملك الزوج المراجعة .

وخلاصة ذلك : أن الطلاق حين يكون بارداة الرجل المنفردة فالرجعة تتم أيضاً بارادته المنفردة وحين يكون بناء على طلب الزوجة وبحكم القاضي فلا رجعة إلا برضاها وبعقد جديد .

• • •

٥) الاعلام بالمراجعة [١] :

اذا راجع الزوج زوجته بالقول فهل يشترط إعلامها بذلك فقد يغيب عنها وهي لا تعلم المراجعة فتنقضي العدة فتتزوج أم لا يشترط ذلك لان الرجعة استدامة للنكاح ؟

وسأنقل آراء بعض الصحابة والتابعين [٢] . ثم آراء المذاهب في هذا الموضوع .

عن الحكم بن عيينة عن عمر بن الخطاب قال : في امرأة طلقها زوجها فأعلمها ثم راجعها ولم يعلمها حتى تنقضي عدتها فقد بانت منه .

وعن ابراهيم النخعي عن عمر بن الخطاب أيضاً قال : اذا طلق امرأته فأعلمها طلاقا ثم راجعها فكتمها الرجعة حتى انقضت العدة فلا سبيل له عليها .

---

(١) راجع في هذا البحث رسالة الزميل الدكتور محمد وحيد سوار : التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي ص ١٩٣ .

(٢) المحلى ٢٥٣/١

وعن علي بن أبي طالب : اذا طلق الرجل امرأته ثم راجعها ولم يعلمها فهي امرأته اذا شهد .

وعن سعيد بن المسيب قال : مضت السنة في الذي يطلق امرأته ثم يراجعها فيكتمها رجعتها حتى تحل فتنكح زوجا غيره فانه ليس له من أمرها شيء ولكنها من زوجها الآخر .

وتبعاً لاختلاف هذه الآثار فقد اختلفت آراء المذاهب في ذلك .

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يندب اعلام الزوجة بالمراجعة .

وقال الظاهرية والزيدية بل يجب اعلامها لئلا تتزوج زوجاً أخر .

رأي الجمهور :

جاء في مجمع الانهر [1] : ويندب اعلامها بها كيلا تقع المعصية بالتزوج بغيره .

وقال الخرشي [2] : وكما يندب للمطلق الاشهاد على الرجعة كذلك يندب لــه اعلامها أيضاً .

وفي المغني [3] : اذا راجعها وهي لا تعلم صحت المراجعة لانها لا تفتقر إلى رضاها فلم تفتقر إلى علمها كطلاقها .

اما الذين ذهبوا إلى وجوب اعلام الزوجة حين المراجعة :

قال ابن حزم [4] : « إن راجع ولم يشهد أو أشهد ولم يعلمها حتى تنقضي عدتها

(١) مجمع الانهر ٤٣٢/١
(٢) الخرشي ٢٢٧/٣
(٣) المغنى ٤٩٨/٨
(٤) المحلى ٢٥٣/١٠

غائباً كان أو حاضراً ، وقد طلقها وأعلمها وأشهد فقد بانت منه ، ولا رجعة له عليها إلا برضاها بابتداء نكاح بولي ، واشهاد وصداق مبتدأ سواء تزوجت أو لم تتزوج ، دخل بها الزوج الثاني او لم يدخل ، فان أتاها الخبر وهي بعد في العدة فهي رجعة صحيحة»

ودليل ابن حزم فيما ذهب اليه : أن الله منع المضارة في المراجعة . وعدم اعلام الزوجة برجعتها هي عين المضارة كما يقول ولهذا كانت باطلة .

وقال الزيدية ! يجب اعلام الزوجة بالرجعة .

جاء في متن الازهار [1] ويجب الاشعار ويحرم الضرار .

وفي التاج المذهب : واذا راجع الرجل زوجته فانه يجب عليه الاشعار لها لئلا يقع منها نكاح بعد انقضاء العدة اذا جهلت الرجعة .

وفي الروض النضير [2] : ويجب عليه اشعارها لئلا تزوج جاهلة ، فان نكحت بعد العدة جاهلة بالرجعة فقال في البحر : يكون باطلا .

وعن الحسن البصري : بل ينعقد النكاح وتبطل الرجعة . وقواه المحقق الجلال وجعل الاشعار شرطاً في استحقاق الرجعة وان نكاحها مع الجهل بكونها مزوجة ليس معصية حتى يجب عليها تخليصها من الوقوع في المحظور ، وانما فوت بعدم الاشعار حقه فيها .

ويؤيده ما رواه في الامالي : عن علي عليه السلام في رجل أظهر طلاق امرأته وأشهد وأسر رجعتها فلما رجع وجدها قد تزوجت قال : لا سبيل له عليها من قبل أنه أظهر طلاقها وأسر رجعتها .

---

(١) متن الازهار ٢٣٥/٢

(٢) الروض النضير ١١٢/٤

وفي رأينا ان الاعلام اقرب إلى المصلحة فيجب الاخذ به فقد تتزوج الزوجة بعد مضي عدتها وهي لا تعلم مراجعتها ولهذا فأني أرى أن ينص في القانون على وجوب اعلام الزوجةحين المراجعة والا كانت باطلة .

ولم أجد في حدود ما اطلعت عليه في قوانين الاحوال الشخصية نصافي هذا الموضوع الا في القانون الاندنوسي حيث نص في المادة ٦٠ على وجوب إعلام الزوجة بالمراجعة وذلك عن طريق الموظف المختص بالتوثيق كما يشترط موافقتها .

(٦) – الاشهاد على المراجعة :

قال الله تعالى : فاذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله .

اختلف الفقهاء في قوله تعالى « وأشهدوا » هل هو للامر والوجوب ام هو للندب والارشاد ؟ ..

قال جمهور الفقهاء : الاحناف والمالكية والحنابلة والشافعية : لا يشترط الاشهاد على المراجعة .

قال الاحناف في المبسوط [١] : والاشهاد على الرجعة يستحب عندنا .

وقال المالكية في شرح الخرشي [٢] : والمشهور أن الاشهاد على الرجعة مستحب لا واجب ومن طلق زوجته طلاقاً رجعياً ثم راجعها وأراد أن يجامعها فمنعته من ذلك الا بعد الاشهاد فان ذلك من حقها وهو دليل على رشدها ولا تكون بذلك عاصية لزوجها بل تؤجر على المنع .

وقال الحنابلة في الانصاف [٣] : وهل من شرطها الاشهاد ؟ . على روايتين إحداهما لا يشترط وهو المذهب والثانية يشترط .

---

(١) المبسوط ١٩/٦
(٢) شرح الخرشي ٢٢٧/٣
(٣) الانصاف ١٥٢/٩

ويلاحظ أن الخرقي قدم الرواية الثانية فقد جاء فيه [1] : والمراجعة أن يقول لرجلين من المسلمين اشهدا أني قد راجعت امرأتي بلا ولي يحضره ولا صداق يزيده .

وقد روي عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى أنه تجوز الرجعة بلا شهادة .

وأدلة الجمهور: أن الامر في الاية الكريمة وان كان للوجوب ولكن وجدت قرائن صرفته عن ذلك إلى الندب .

واستدلوا على ذلك :

١)ـ حديث ابن عمر حين طلق زوجته وهي حائض فأمره النبي عليه السلام أن يراجعها ولم يطلب منه الاشهاد على ذلك .

٢)ـ قياس الرجعة على الطلاق حيث قالوا ان الاشهاد ليس بشرط حين الطلاق فكذلك لا يشترط حين المراجعة .

وخالف الجعفرية في ذلك فقالوا بالاشهاد على الطلاق وعدم الاشهاد على الرجعة .

جاء في أصل الشيعة [2] ولا يعتبر عندنا في الرجعة حضور الشاهدين كما يعتبران في الطلاق [3] .

وقال الظاهرية والاباضية [4] والشافعي في مذهبه القديم ورواية عن الأمام احمد : أن الاشهاد شرط في المراجعة .

جاء في المحلى [5] : فان راجع ولم يشهد فليس مراجعاً .

---

(١) المغنى ٤٨١/٨

(٢) اصل الشيعة ص ١٦٢

(٣) يظن كثير من الكتاب أن الاشهاد شرط في الرجعة عند الجعفرية قياساً على الطلاق عندهم والحق خلاف ذلك . راجع الفرقة والزواج للدكتور مدكور ص ١٨٣

(٤) شرح النيل ٤٠٦/٣

(٥) نهاية المحتاج ١٤٧/٦

وفي نهاية المحتاج [1] وفي القديم يشترط الاشهاد لكون الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح .

واستدلوا : على ذلك .

١- بأن الامر في الآية للوجوب .

٢- وان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح وبما ان الاشهاد شرط فيه فوجب الاشهاد في الرجعة .

٣- ولانه استباحة بضع مقصود فوجب الشهادة فيه كالنكاح .

وقال الشافعي في الجديد [2] : ولا يشترط لصحة الرجعة الاشهاد عليها بناء على الاصح أنها في حكم الاستدامة ، بل يندب ذلك .

★ ★ ★

---

(١) المحلى ٢١٦/١٠

(٢) نهاية المحتاج ١٤٧/٦

المبحث الثاني

الطلاق البائن بينونة صغرى

لا خلاف بين الفقهاء في أن الطلاق البائن بينونة صغرى ما كان قبل الدخول والطلاق الرجعي الذي مضت فيه العدة ولم يراجع الزوج زوجته مالم يكن مكملاً للثلاث .

وأما الطلاق على مال أي الخلع فالجمهور على أنه طلاق بائن وقالت بعض المذاهب أنه فسخ . وبعض الفقهاء قال انه طلاق رجعي وسيأتي تفصيل ذلك .

فمن طلق زوجته طلاقا بائنا بينونة صغرى واراد مراجعتها فلا يصح ذلك إلا بعقد ومهر جديدين .

قال ابن حزم في المحلى [1] : ولا يكون طلاقا بائنا الا في موضعين لا ثالث لهما : أحدهما طلاق غير الموطوءة لقوله تعالى : « يا أيها الذين امنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهم من عدة تعتدونها » والثاني طلاق الثلاث مجموعة أو مفرقة [2] .

وفي المنتزع المختار [3] : ورجعيه ما كان بعد وطء على غير عوض وليس ثالثا

---

(١) المحلى ١٠/٢١٦

(٢) راجع رأى ابن حزم في باب الخلع في الجزء الثاني من هذا الكتاب حيث يرى أن الطلاق على مال طلاق رجعي وهو مذهب سعيد بن المسيب والزهري ، على أن المراجعة مشروطة برد الزوج بدل الخلع لزوجته .

(٣) المنتزع المختار ٢/٣٩٢

وبائنه ما خالفه ، أي أن البائن ما كان قبل الدخول وعلى مال ومكملا للثلاث .

وقال ابن تيمية في فتاويه [١] : ان كتاب الله قد بين أن الطلاق بعد الدخول لا يكون إلا رجعياً وليس في كتاب الله طلاق بائن الا قبل الدخول [٢] .

أما الجعفرية فقالوا : الطلاق البائن اربعة أقسام [٣] .

١ـ طلاق غير المدخول بها .

٢ـ طلاق من لم تبلغ الحيض .

٣ـ ومن جاوزت الخمسين .

٤ـ وكل طلاق كان في مقابلة عوض .

أما الشافعية والمالكية : فقد ذهبوا إلى ماذهب اليه الزيدية وهو أن الطلاق البائن يكون في حالات ثلاث :

١ـ قبل الدخول .

٢ـ ما كان على عوض .

٣ـ المكمل للثلاث .

وقد أضاف الاحناف على هذه الحالات .

١ـ اذا وصف الطلاق بما يدل على البينونة ، كقول الزوج لزوجته أنت طالق طلقة بائنة .

٢ـ أن تقترن صيغة الطلاق بأفعل التفضيل كقوله أنت طالق أسوأ الطلاق .

---

(١) فتاوى ابن تيمية ٣٣/٣

(٢) وكذلك الطلاق المكمل للثلاث أما للطلاق على مال فهو فسخ لدى الحنابلة على الراجح وهذا ما اختاره ابن تيميه .

(٣) السرائر ص ٣٣٥

٣ـ أن يشبه الزوج طلاق زوجته تشبيهاً يدل على البينونة كقوله أنت طالق طلقة مثل الجبل .

٤ـ أن تكون صيغة الطلاق بلفظ من الفاظ الكناية وهي كل لفظ احتمل معنى الطلاق ومعنى آخر كقوله أنت خليه .

هل يملك الرجل ان يجعل من الطلاق الرجعي طلاقاً بائناً ؟ ..

قلنا أن الأصل في الطلاق أن يكون رجعياً يملك فيه الزوج مراجعة زوجته ما دامت في العدة . أما اذا مضت العدة ولم يراجعها بانت منه ولا يجوز له مراجعتها ، إلا بعقد جديد ان كانت الفرقة بينونة صغرى .

ولكن هل يملك الرجل أن يطلق زوجته طلاقاً بائناً وبمعنى آخر هل له أن يجعل من الطلاق الرجعي طلاقاً بائناً أم لا يملك ذلك ؟ ..

قال الاحناف : اذا وصف الزوج الطلاق بالبينونة أو بالشدة أو بما يدل على الانفصال كان الطلاق بائناً ــ كما ذكرنا ــ فلو قال الزوج لزوجته أنت طالق بائن أو أنت طالق أشد الطلاق كان الطلاق بائناً لا رجعة فيه [1] .

وقال جمهور الفقهاء : ان وصف البينونة ليس ملكاً للمكلف بل هو من عمل الشارع فليس للمرء حق تغيير ما شرعه الله مهما اسبغ عليه من الاوصاف ، فما جاء به الشارع الكريم على أنه بائن فهو بائن ، وما جاء به على أنه رجعي فهو رجعي [2] .

---

(١) الاحوال الشخصية أبو زهرة ٣٠٨

(٢) قال ابن رشد في بداية المجتهد في بحثه الطلاق الثلاث ٣٧/٢ وسبب الخلاف هل الحكم الذي جعله الشرع من البينونة للطلقة الثالثة يقع بالزام المكلف نفسه هذا الحكم في طلقة واحدة أم ليس يقع ولا يلزم من ذلك إلا ما ألزم الشرع . فمن شبه الطلاق بالافعال التي يشترط في صحة وقوعها كون الشروط الشرعية فيها كالنكاح والبيوع قال : لا يلزم . ومن شبهه بالنذور و الايمان التي ما التزم العبد منها لزمه على أي صفة كان الزم الطلاق كيفما الزمه المطلق نفسه .

قال ابن تيمية [1] : ولو قال لامرأته أنت طالق طلقة بائنة لم يقع بها الا طلقة رجعية ، كما هو مذهب أكثر العلماء وهو مذهب مالك والشافعي واحمد في ظاهر مذهبه وكل طلاق بغير عوض لا يقع الا رجعياً .

جاء في المحرر [2] : ولو قال أنت طالق طلقة بائنة وقعت رجعية .

وقال في البحر الزخار [3] : ولو قال للمدخول بها أنت طالق طلقة واحدة بائنة وقعت رجعية اتفاقاً .

ونقل الطحطاوي عن الرملي [4] ـ سئل عن رجل قال لزوجته أنت طالق لايردك قاض ولا وال ولا عالم هل يكون بائناً أو رجعياً أجاب : هو رجعي ولا يملك اخراجه عن موضوعه الشرعي بذلك .

والخلاصة أن الاحناف يرون ان الزوج يملك أن يجعل من الطلاق الرجعي طلاقاً بائناً اذا وصفه بما يدل على الشدة أو البينونة وحجتهم في ذلك : أن الرجعة ملك الرجل فهو يملك اسقاطها . وان الشارع أعطى الزوج حق الطلاق مطلقاً ولم يوجد ما يقيده . والدليل على هذا الاطلاق أن المذاهب الاربعة تجيز الطلاق الثلاث وهو البينونة الكبرى فأولى أن يجوز الطلاق البائن ببينونه صغرى .

ولكننا نرى مع الجمهور أنه لا يجوز للمكلف أن يغير شرع الله فالرجعة نظام شرعه الله ليحقق هدفاً معيناً هو أن يتلافى الزوج ما قد يندم عليه فيما لو أطلع على شيء كان بامكانه لو عرفه أن يعدل عن الطلاق فهذه الفرصة لا يجوز للمرء أن يفوتها بمجرد ارادته .

وقولهم أن الرجعة حق للزوج ومن ملك حقاً ملك اسقاطه ليس صحيحاً اذا مـــا

---

(١) فتاوى ابن تيمية ٣/٣٣

(٢) المحرر ٢/٥٥

(٣) البحر الزخار ٣/٢٠٣

(٤) الطحطاوي على الدر ٢/١٠١

عرفنا ان للزوجة حقوقاً ايضاً بالطلاق الرجعي لا يملك الزوج اسقاطها كالنفقة والسكنى لان المطلقة رجعياً لها النفقة والسكنى بعكس المطلقة بائناً .

وأما قولهم أن من ملك البينونة الكبرى في الطلاق الثلاث أولى أن يملك البينونة الصغرى فسوف نناقش هذا الرأى في البحث الآتي لنرى هل يملك الزوج أن يطلق زوجته ثلاث طلقات أي هل يملك البينونة الكبرى ؟

ولهذا فاننا نرى أن كل طلاق ما عدا قبل الدخول والمكمل للثلاث والطلاق على مال [١] رجعي ولا يملك المكلف تغيير ما شرع الله .

قال الامام أحمد [٢] – تدبرت القرآن فاذا كل طلاق فيه هو الطلاق الرجعي – يعني طلاق المدخول بها – غير قوله : فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره .

★ ★ ★

(٢) وكذلك كل طلاق لافائدة من المراجعة فيه يعتبر بائناً كالطلاق للعيوب والأمراض مثلا أو للشقاق والضرر . وهذا على رأي من يعتبر حكم القاضي بالتفريق طلاقاً بائناً وليس بفسخ .
(٢) فتاوى ابن تيميه ١٣/٣

المبحث الثالث

الطلاق البائن بينونة كبرى

ذكرنا أن الطلاق الرجعي هو ما كان بعد الدخول ولم يكن مكملاً للثلاث على خلاف بين الفقهاء .

أما اذا طلق الزوج زوجته الطلقة الثالثة فانها تبين منه بينونة كبرى بحيث لا يجوز له مراجعتها إلا بعد أن تنكح زوجاً غيره بعقد شرعي ويطلقها طلاقاً شرعياً وذلك لقوله تعالى : فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره [1] . وعلى هذا فالبينونة الكبرى تكون في الحالة التي يطلق فيها الزوج زوجته آخر الطلقات الثلاث التي يملكها .

أما اذا طلقها بلفظ الثلاث مرة واحدة أو بالفاظ متكررة في مجلس واحد أو في عدة واحدة فهذا بحث تناوله الفقهاء منذ زمن طويل بالبحث والدراسة وقد رغبت أن أدلي دلوي مع هذه الدلاء .

ولما كان مصدر نظام الطلاق في الاسلام القرآن والسنة فقد رجعت إلى الآيات الكريمة التي جاءت في هذا البحث ثم إلى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، كما استعرضت آراء الفقهاء والمذاهب منذ عصر الصحابة حتى يومنا هذا ، لأن الخلاف موضوع الطلاق الثلاث لا يزال قائماً تتناوله أقلام الفقهاء والكتاب .

وكان لا بد لي من الرجوع إلى قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية لمتابعة هذا الموضوع وخاصة ما طبق منه القضاء في مختلف المحاكم .

---

(١) أما ما يفعله بعض العامة اليوم من التحليل فلا أصل له وذلك أن يتزوج شخص مطلقة ثلاثاً ليحلها لزوجها الاول اذا ما طلقها وهذا لا يجوز في شريعة الاسلام لان للزواج أهدافاً مثلى وان التوقيت فيه يفسده ، حتى أن الامام محمد بن الحسن الشيباني يقول من تزوج مطلقة ثلاثاً ليحلها لزوجها الأول فانها لاتحل للاول ولو طلقها الثاني معاملة له بنقيض مقصوده .

الفرع الاول

الطلاق الثلاث في القرآن الكريم

ما ذهب اليه المفسرون

قال الجصاص في أحكام القرآن [1] ــ ان حكم الطلاق مأخوذ من آيات في الكتاب الكريم لولاها لم يكن الطلاق من أحكام الشرع .

قال الله تعالى في سورة البقرة [2] : « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان ، ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا الا يقيما حدود الله فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ، تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فاولئك هم الظالمون ، فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » .

وسبب نزول هذه الآية [3] ؛ كما يذكر المفسرون ما رواه هشام بن عروة عن أبيه قال : كان الرجل يطلق ما شاء ثم ان راجع امرأته قبل أن تنقضي عدتها كانت امرأته فغضب رجل من الانصار على امرأته فقال لها لا أقربك ولا تحلين مني . قالت

---

(١) أحكام القرآن ٣٨٠/١

(٢) سورة البقرة آية ٢٢٩

(٣) تفسير الطبري ٢٥٤/٢ تفسير البحر المحيط ١٩٠/٢ تفسير الرازي ٢٥٢/٢ تفسير الطبرسي ١٣٧/٢ والحديث المذكور جاء في كتب الاحاديث رواه الترمذي ٢١٩/٢ وفي الموطأ ص ٥٨٨ كما رواه البيهقي في سنة ٣٣٣/٧ .

له كيف ؟ قال : أطلقك حتى اذا دنا أجلك راجعتك ثم أطلقك فاذا دنا أجلك راجعتك قال : فشكت ذلك إلى رسول الله فانزل الله تعالى قوله : الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان .

وقال آخرون : أنما أنزلت هذه الآية على رسول الله تعريفاً من الله تعالى ذكره عباده سنة طلاقهم نساءهم اذا ارادوا طلاقهن لا دلالة على القدر الذي تبين به المرأة من زوجها .

وتبعاً لاختلاف المفسرين في اسباب النزول اختلفوا في تأويل هذه الاية وهل أنزلت لبيان الطلاق المشروع وكيف يجب أن يكون مرة بعد مرة على التفريق دون الجمع أم أن المراد منها بيان عدد الطلاق الرجعي وأنه مرتان ولا رجعة بعد ثلاث .

قال الفخر الرازي [1] . اختلف المفسرون في أن هذا الكلام حكم مبتدأ أو هو متعلق ما قبله .

قال قوم : انه حكم مبتدأ ومعناه : أن التطليق الشرعي يجب أن يكون تطليقة بعد تطليقه على التفريق دون الجمع والارسال دفعة واحدة [2] .

وهذا التفسير هو قول من قال : ان الجمع بين الثلاث حرام .

وزعم [3] أبو زيد الدبوسي في الاسرار أن هذا هو قول عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعمران بن الحصين وابي موسى الاشعري وابي الدرداء وحذيفة .

والقول الثاني : أن هذا ليس ابتداء كلام بل هو متعلق بما قبله والمعنى :

أن الطلاق الرجعي مرتان ولا رجعة بعد الثلاث . وهذا التفسير هو قول من جوز

---

(١) تفسير الرازي ٢/٢٥٢

(٢) وقال في البحر المحيط ٢/١٩٤ : وهو مذهب أبي وجماعة من الصحابة .

(٣) يستعمل الفخر الرازي كلمة زعم بمعنى ذكر حين ينقل آراء المذاهب ولا يقصد معناها اللغوي .

الجمع بين الثلاث [1] .

وقال الطبرسي[2] في تفسير هذه الآية :

أن الآية نزلت لبيان عدد الطلاق الذي يوجب البينونة مما لا يوجبها . وفي الآية بيان أنه ليس بعد التطليقتين الا الفرقة البائنة .

وقال القرطبي : [3] — « أنزل الله تعالى هذه الآية بياناً لعدد الطلاق الذي للمرء فيه أن يرتجع زوجته دون تجديد مهر ، ونسخ ما كانوا عليه » .

وقال بمعناه عروة بن الزبير وقتادة وغيرهم .

وقال ابن مسعود وابن عباس ومجاهد وغيرهم : المراد بالآية التعريف بسنة الطلاق ، أي من طلق اثنتين فليتق الله في الثالثة ، فاما تركها غير مظلومة شيئاً من حقها ، واما أمسكها محسناً عشرتها . والآية تتضمن هذين المعنيين .

وعلى هذا فالذي فسر هذه الآية بأن المراد منها بيان الطلاق المشروع [4] :

عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعمران بن الحصين وأبي موسى الاشعري وابي الدرداء وحذيفة ومجاهد .

ومن ذهب إلى أن المراد بالآية بيان الطلاق الذي فيه الرجعة :

عروة بن الزبير وقتادة [5] .

---

(١) الذي جوز الجمع بين الثلاث هو الامام الشافعي وسيأتي ذكر مذهبه عند الكلام على آراء المذاهب .

(٢) مجمع البيان ١٣٧/٢ وقد رجعنا إلى طبعة دار التقريب بين المذاهب وهي النسخة المحققة التي ظهرت حتى الآن .

(٣) أحكام القرآن ١٢٦/٣ .

(٤) ونلاحظ هنا أن لفظ السني والمشروع مترادفان في هذا الموضوع فهما في معنى واحد بدليل أقوال المفسرين الذين نقلت عنهم . فتارة ينقلون رأي ابن عباس ومجاهد وابن مسعود بلفظ الطلاق السني كما في تفسير القرطبي وتارة ينقلون آراءهم بلفظ الطلاق المشروع كما في تفسير الرازي وعلى كل فالمراد بكلا التعبيرين الطلاق كما جاء في القرآن الكريم وقد قال الرازي : ليس في الآية بيان صفة السنة .

راجع تفسير الرازي ٢٥٢/٢ . وتحقيق معنى السنة للاستاذ سليمان الندوي . المطبعة السلفية .

(٥) تفسير البحر المحيط ١٩١/٢ .

ونحن نختار الرأي الاول الذي ذهب اليه جمهور الصحابة لظاهر الاية وخاصة سياق الترتيب ، ولاسباب النزول ، ولان احكام الرجعه التي قال الفريق الآخر أن الآية نزلت لاجلها قد جاءت بالآية السابقة بقوله تعالى : وبعولتهن أحق بردهن [١] .

وقد أجاب الرازي على هذا الرأى [٢] « بان الشارع وان أتى باحكام الرجعة بالآية السابقة ولكنها مجملة تفتقر إلى بيان ، أو هي كالعام يحتاج إلى تخصيص ، فجاءت آية : الطلاق مرتان ، تفصل المجمل ، وتخصص العام ، وتبين أن الطلاق الذي يثبت فيه للزوج حق الرجعة ، هو أن توجد طلقتان فقط واما بعد الطلقتين فلا يثبت له حق الرجعة » .

ولكني أقول لشيخ المفسرين بأن الرجعة هي من أحكام الطلاق ، فكل طلاق رجعي يترتب عليه رجعه ، وعلى هذا فبيان عدد الطلاق المشروع هو في الوقت ذاته بيان لعدد الرجعات لكل من الطلقات فقوله تعالى : الطلاق مرتان ، أي له رجعتان والطلقة الثالثة لا رجعة فيها لانه قال : « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » .

★ ★ ★

وكما اختلف المفسرون في تأويل سبب نزول الآية الكريمة : الطلاق مرتان هل هي لبيان الطلاق المشروع أم لبيان الطلاق الذي يملك فيه الزوج الرجعة . اختلفوا في معنى قوله تعالى : أو تسريح باحسان .

وفي رأيي أن كلا التأويلين لا بد أن يعتمد على تفسير صحيح لكلمة التسريح وما المراد منها .

قال القرطبي [٣] — والتسريح يحتمل لفظه معنيين :

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨ « والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في ارحامهن ان كن يؤمن بالله واليوم الآخر وبعولتهن أحق بردهن في ذلك ان أرادوا اصلاحاً ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة والله عزيز حكيم » .

(٢) تفسير الرازي ٢/٢٥٢

(٣) تفسير القرطبي ٣/١٢٦ .

١) تركها حتى تتم العدة من الطلقة الثانية وتكون أملك لنفسها . وهذا قول السدي والضحاك .

٢) أن يطلقها ثالثة فيسرحها . وهذا قول مجاهد وعطاء وغيرهما .

وقال الرازي [١] : لفظ التسريح بالاحسان لا اشعار فيه بالطلاق لانالو جعلنا التسريح هو الطلقة الثالثة لكان قوله : فان طلقها ، طلقة رابعة وأنه غير جائز » .

وقال الطبري [٢] : وقال السدي : اذا طلق واحدة أو اثنتين اما أن يمسك – ويمسك يراجع – بمعروف واما سكت عنها حتى تنقضي عدتها فتكون أحق بنفسها .

وقال الضحاك : التسريح باحسان : أن يدعها حتى تمضي عدتها .

ويقول الطبري : وكأن قائلي هذا القول الذي ذكرناه عن السدي والضحاك ذهبوا إلى أن معنى الكلام الطلاق مرتان فامساك في كل واحدة منهما لهن بمعروف أو تسريح لهن باحسان .

ويقول : وهذا مذهب مما يحتمله ظاهر التنزيل لولا الخبر الذي ذكرته عن النبي صلى الله عليه وسلم عن أبي رزين فان اتباع الخبر أولى بنا من غيره .

مما تقدم نرى أن الطبري يقرر أن معنى التسريح كما يقتضيه ظاهر التأويل أن يكون تركها حتى تنقضي عدتها لولا الحديث .

والحديث كما رواه الطبري : عن أبي رزين « قال : جاء رجل إلى النبي فقال يا رسول الله أرأيت قوله تعالى الطلاق مرتان فأين الثالثة قال : امساك بمعروف أو تسريح باحسان » .

---

(١) الرازي ٢/٢٥٣ ويقول: لو حملنا التسريح على ترك المراجعة كانت الاية متناولة لجميع الاحوال لانه بعد الطلقة الثانيةأما أن يراجعها وهو المراد بقوله فامساك بمعروف أولا يراجعها بل يتركها حتى تنقضي العدة وتحصل البينونة وهو المراد بقوله أو تسريح باحسان أو يطلقها وهو المراد بقوله: فان طلقها فكانت الآية مشتملة على كل الأقسام .

(٢) الطبري ٢/٢٦٠ .

وهذا الحديث كما ترى مرسل غير موصول لا حجة فيه لان أبا رزين الاسدي تابعي وليس صحابياً والمرسل لا حجة فيه لانه عن راو مجهول [1] .

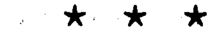
وفي هذا يقول ابن العربي [2] « وورد في ذلك حديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : التسريح باحسان هي الطلقة الثالثة ولم يصح » .

وقال الزمخشري في الكشاف [3] : « قوله فامساك بمعروف أو تسريح باحسان تخيير لهم بعد أن علمهم كيف يطلقون ، بين أن يمسكوا النساء بحسن العشرة والقيام بواجبهن وبين أن يسرحوهن السراح الجميل » .

وخلاصة ما ذهب اليه المفسرون :

ان الطلاق يجب ان يكون مرة بعد مرة ، وعقب كل مرة اما امساك بمعروف أو تسريح باحسان .

ومعنى الامساك الرجعة ومعنى التسريح ترك الرجعة أي تركها حتى تمضي عدتها فاذا راجعها كانت عنده على تطليقتين فان بداله أن يطلقها مرة ثانية كان الحكم كالطلقة الماضية ، وفي هذه المرة اذا راجعها بالعدة أو بعقد جديد بعد انتهاء العدة وعاد فطلق فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره [4] :



---

(١) نظام الطلاق ص ٣٤ .

(٢) أحكام القرآن ١٩١/١ .

(٣) تفسير الكشاف ٢٦٧/١ .

(٤) ذكر الجصاص في أحكام القرآن ٤٩٩/١ أن هذه الآية اشتملت على عدة أحكام : ١) أن مسنون الطلاق التفريق بين اعداد الثلاث اذا أراد أن يطلق ثلاثا ٢) أن له أن يطلق اثنتين في مرتين ٣) ما دون الثلاث تثبت معه الرجعة ٤) نسخ الزيادة على الثلاث .

الفرع الثاني

الطلاق السني والبدعي

بعد أن ذكرنا اراء المفسرين في قوله تعالى الطلاق مرتان وعرفنا أسباب النزول وما ذهب اليه الصحابة مما فهموه من هذه الآية الكريمة ، وكيف أن الطلاق يجب أن يكون مرة بعد مرة لان في الآية اخباراً بمعنى الامر سنبحث أمرين في هذا الموضوع :

١) هل ايقاع الثلاث محرم ديانة بمعنى أنه يقع مع الاثم .

٢) أم أنه لا يقع لانه غير مشروع .

هل ايقاع الثلاث محرم ديانة او قضاء :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الطلاق اذا زاد على الواحدة فهو طلاق بدعي محرم لان الطلاق المسنون (١) هو أن يطلق الزوج زوجته طلقة واحدة في عدة واحدة .

وخالف بذلك الشافعي وابن حزم فقالوا لا بدعة في العدد وان للرجل أن يطلق زوجته طلقة او طلقتين أو ثلاث دون حظر .

وذهب الاحناف إلى تسمية الطلاق السني إلى حسن وأحسن عندهم أن يطلق الزوج زوجته طلقة واحدة في كل طهر حتى تبين بالطهر الثالث والاحسن أن يطلقها طلقة

---

(١) قال السندي في حاشيته على سنن النسائي ١٤٠/٦ : طلاق السنه بمعنى أن السنة قد وردت باباحتها لمن احتاج اليها لا بمعنى انها من الافعال المسنونة التي يكون الفاعل مأجوراً باتيانها .

واحدة رجعية ثم يتركها حتى تمضي عدتها .

ونحن سوف نذكر بصورة موجزة آراء جمهور الفقهاء في الطلاق السني والبدعي دون تفصيل ، ونناقش رأي الشافعية وابن حزم وما ذهب اليه الاحناف .

أما آراء الفقهاء فقد ذهب المالكية كما جاء في مواهب الجليل [1] :

يكره ايقاع ما زاد على الوحدة .

وقال اللخمي : ايقاع اثنتين مكروه والثلاث ممنوع .

وقال في الشامل : وفي منع الثلاث وكراهتها كالاثنتين قولان .

واقتصر في اللباب على القول بالتحريم وقال : والثلاث حرام .

وقال في المدونة : ويكره أن يطلقها ثلاثاً في مجلس واحد ، وفي كل طهر طلقة فان فعل لزمه .

لكن قال الرجراجي : مراده بالكراهة التحريم .

ومذهب الحنابلة أن جمع الثلاث حرام كما ذهب اليه مالك . وهناك رواية عن أحمد بعدم التحريم كما ذهب الشافعي .

جاء في الانصاف [2] . وان طلقها ثلاثاً في طهر لم يصبها فيه ، كره وفي تحريمه روايتان .

احداهما : يحرم . وهو المذهب وعليه جماهير الاصحاب .

والرواية الثانية : ليس بحرام اختارها الخرقي .

وجاء في المغنى [3] ـ اختلفت الرواية عن أحمد في جمع الثلاث فروى عنه أنه

---

(١) مواهب الجليل ٣/٣٩ .
(٢) الانصاف ٨/٤٥١ .
(٣) المغنى ٨/٢٤٠ .

محرم ــ والرواية الثانية ، أن جمع الثلاث طلاق بدعة محرمة .

أدلة من قال ان الطلاق الثلاث بدعي محرم :

استدل الجمهور على رأيه بتحريم جمع الطلقات بما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية والقياس والاجماع والمعقول :

١) القرآن الكريم :

ذكرنا رأي المفسرين في قوله تعالى الطلاق مرتان وكيف أنه يقتضي التفريق بينهما ، ولا أريد الإعادة . ولكن سأذكر رأيهم مختصراً في هذا الدليل .

قالوا إن الله أمرنا أن نفرق الطلقات فلو طلقنا أكثر من طلقة لما جاز أن يقال طالق مرتين كما لو دفع رجل إلى آخر درهمين فلا يقال أنه أعطاه مرتين ، انما يقال أعطاه مرة واحدة درهمين فاذا ما فرق الدفع فدفع مرتين قيل أنه أعطاه مرتين .

قال الشوكاني في فتح القدير[1] ــ انما قال سبحانه : مرتان، ولم يقل طلقتان إشارة إلى أنه ينبغي أن يكون الطلاق مرة بعد مرة لا طلقتان دفعة واحدة .

فقوله تعالى : « الطلاق مرتان » وان كان ظاهره الخبر ولكن معناه الامر ، كقوله تعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن » أي ليتربصن ــ وقوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن » أي ليرضعن .

وقوله عليه السلام : الصلاة مثنى مثنى ، والتشهد في كل ركعتين ، فهذه كلها صيغة الخبر والمراد بها الامر بالصلاة والتشهد على هذه الصفة .

وبما أن قوله تعالى الطلاق مرتان خبر في معنى الامر أصبح معنى الآية : اذا طلقتم فطلقوا مرتين ــ والامر بالشيء نهي عن ضده ويكون المعنى : لا تطلقوا أكثر من مرة ان أردتم الطلاق . ففي الآية إذن أمر بتفريق الايقاع ونهي عن الجمع في مرة واحدة .

---

(١) فتح القدير (تفسير الشوكاني) ٢١٢/١ .

وفي هذا يقول الجصاص : « وأولى الاشياء حمله على الامر اذ قد ثبت انه لم يرد به حقيقة الخبر لانه يصير حينئذ بمعنى قوله : طلقوا مرتين متى أردتم الطلاق ــ وذلك يقتضي الايجاب وانما ينصرف إلى الندب بدلالة [1] »

فان قيل اذا طلق طلقتين دفعة واحدة ، ثم طلق ثالثة ، ألا يعد هذا تفريقاً للطلاق ويعتبر مرتان ؟ . والجواب : أننا أمرنا أن نفرق بين كل طلقة وطلقة لا بين الطلقتين دفعة واحدة وبين الثالثة بدليل قوله تعالى : فامساك بمعروف أو تسريح باحسان ــ أي أن الواجب بعد كل طلقة أحد الامرين : الامساك أو التسريح فاذا طلقنا طلقتين مرة وطلقة مرة ثانية فلا يجوز الامساك بعد هذه الطلقة التي وان اعتبرت للمرة الثانية ولكنها طلقة ثالثة .

روى الطبرى عن عكرمة [2] : الطلاق مرتان بينهما رجعة فان بدا له أن يطلقها بعد هاتين فهي ثالثة وان طلقها ثلاثاً فقد حرمت حتى تنكح زوجاً غيره .

٢ ــ السنة الكريمة :

واستدلوا بالسنة بما رواه النسائي عن محمود بن لبيد قال : أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً فغضب ثم قال : أيلعب بكتاب الله عز وجل وأنا بين أظهركم ــ حتى قام رجل وقال يارسول الله الا أقتله ؟ ...[3]

فدل على أن الطلاق الثلاث لا يجوز لأنه تلاعب بكتاب الله وفهم غير صحيح لما أراده الشارع وأمر به من وجوب التفريق بين الطلقات .

٣ ــ القياس :

وأما القياس فقد جاء في المغنى [4] : « ولأنه تحريم للبضع بقول الزوج من غير

---

(١) أحكام القرآن ١/٤٩٤ .
(٢) تفسير الطبري ٢/٢٥٢ .
(٣) زاد المعاد ٤/٥١ وسيأتي شرح هذا الحديث .
(٤) المغنى ٨/٢٤١ .

حاجة فحرم كالظهار ، بل هذا أولى ، لأن الظهار يرتفع تحريمه بالتكفير ، وهذا لا سبيل للزوج إلى رفعه بحال . ولانه ضرر واضرار بنفسه وبامرأته من غير حاجة . فيدخل في عموم النهي وربما كان وسيلة إلى عوده اليها حراماً أو بحيلة لا تزيل التحريم . ووقوع الندم وخسارة الدنيا والآخرة فكان أولى بالتحريم من الطلاق في الحيض الذي ضرره بقاؤها في العدة أياماً يسيرة أو الطلاق في طهر مسها فيه الذي ضرره احتمال الندم بظهور الحمل . فان ضرر جمع الثلاث يتضاعف على ذلك أضعافاً كثيرة فالتحريم تم تنبيه على التحريم ههنا .

٤ ـ الاجماع :

وقال ابن قدامة : وهو يشير إلى تحريم جمع الطلقات الثلاث : ولأنه قول من سمينا من الصحابة ... ولم يصح عندنا في عصرهم خلاف قولهم فيكون ذلك إجماعاً [١] .

٥ ـ المعقول :

إن عقد النكاح عقد مقدس شرعه الله لعباده ليكون وسيلة للتناسل والتكاثر والتحابب والتعاطف ، والطلاق هو إبطال لهذه المصالح ولهذا كان الأصل فيه الحظر لما فيه من فوات الفوائد الدنيوية والأخروية على الزوج والزوجة والمجتمع ، ولهذا يجب أن يكون في حدود ضيقة ونطاق غير واسع ، فاذا كانت الطلقة الاولى أو الواحدة تبين الزوجة فأي حاجة إلى أكثر من هذا ؟ [٢] .

إن الشارع حين شرع الطلاق جعله رجعياً لتكون فترة العدة فرصة يجرب فيها كل من الزوجين حياة البعد عن شقه الآخر فقد يندم أحدهما أو كلاهما ، أو قد يظهر لدى الزوج أن السبب الذي دعاه للطلاق لم يكن صحيحاً ، ولهذا كان الاصل في الطلاق أنه رجعي كما ذكرنا في موضعه .

---

(١) المغنى ٢٤١/٨ .
(٢) البدائع ٩٤/٢ .

فاذا ما طلق أكثر من طلقة ، فقد فوت على نفسه ما أراد الله أن يوسعه عليه ، وهذا خلاف المعقول من الشرع لان الزواج شرعه الله على أيسر وجه رفقاً بالزوجين فالطلاق الثلاث هو تضييق وارهاق بدون فائدة .

الطلاق السني والبدعي لدى الأحنا ف

يقسم الاحناف الطلاق السني إلى قسمين : أحسن وحسن ، فالسني الاحسن : أن يطلق الرجل زوجته طلقة واحدة رجعية ثم يتركها حتى تمضي عدتها . والسني الحسن أن يطلق الرجل زوجته في كل طهر طلقة . أما البدعي فهو ما خالف ذلك .

جاء في الهداية [١] ــ الطلاق على ثلاثة أوجه: حسن وأحسن وبدعي، فالأحسن أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها والحسن هو طلاق السنة [٢] ، وهو أن يطلق المدخول بها ثلاثاً في ثلاثة أطهار » .

هذا في حق ذوات الاقراء.أما في حق غيرهن من المطلقات فقد جاء في تحفة الفقهاء[٣] فأما في حق الآيسه والصغيرة فطلاق السنة أن يفصل بين كل تطليقة بشهر ــ وفي حق الممتدة طهرها ألا يطلق للسنة ، الا واحدة .

وأما في حق الحامل : فقال أبو حنيفة وأبو يوسف : يطلق ثلاثاً للسنة ويفصل بين كل طلاقيها بشهر .

وقال محمد وزفر : لا يطلق للسنة الا واحدة .

أما البدعي : فيكون في حالتين : ١) أن يطلق الرجل زوجته أكثر من طلقة

---

(١) الهداية ٣/٢٢ .

(٢) جاء في فتح القدير ٣/٢٣ تعليقاً وشرحاً على قول صاحب الهداية والحسن طلاق السنة : أن كلا منهما طلاق السنة فتخصيص هذا باسم طلاق السنة لاوجه له والمناسب تمييزه بالمفضول من طلاق السنة .
وقال الجصاص في أحكام القرآن ١/٤٤٩ – اختلف أهل العلم في طلاق السنة لذوات الأقراء فقال اصحابنا : أحسن الطلاق أن يطلقها اذا طهرت قبل الجماع ثم يتركها حتى تنقضي عدتها .

(٣) تحفة الفقهاء ٢/٢٥٣ .

سواء في مجلس واحد أو في طهر واحد دون تخلل رجعة بينهما .

٢) أن يطلق ثلاث طلقات دفعة واحدة .

قال في متن الكنز [١] — وثلاثاً في طهر ، أو بكلمة ، بدعي .

وقال في تنوير الابصار [٢] — والبدعي ثلاث أو اثنتان بمرة أو مرتين في طهر واحد وطئت فيه .

وقد روي عن الامام زيد ما يوافق مذهب الاحناف خلافاً لمذهب الزيدية :

جاء في الروض النضير [٣] عن زيد أنه قال : طلاق السنة طلاقان: طلاق تحل له وان لم تنكح زوجاً غيره وطلاق لاتحل له حتى تنكح زوجاً غيره . أما التي تحل له فهو يطلقها واحدة وهي طاهرة من الجماع والحيض ، ثم يمهلها حتى تحيض ثلاثاً ، فاذا حاضت ثلاثاً ، فقد حل أجلها وهو أحق برجعتها ما لم تحض ، ثم تغتسل من آخر حيضة فاذا اغتسلت كان خاطباً من الخطاب فان عاد فتزوجها كانت معه على تطليقتين مستقبلتين .

واما الطلاق الذي لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره فهو أن يطلقها في كل طهر تطليقة وهو أحق برجعتها ما لم تقع التطليقة الثالثة فاذا طلقها التطليقة الثالثة لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ويبقى عليها من عدتها حيضة .

ونحن نناقش الاحناف فيما سموه بالطلاق السني الحسن والذي خالفوا به جمهور الفقهاء ، لنرى الدليل الذي استدلوا به ، وذلك لان الحنابلة والمالكية اعتبروا هذا القسم من السني لدى الاحناف بدعياً حيث عرفوا البدعي — كما سبق وذكرنا — ما زاد على الطلقة الواحدة سواء في طهر أو في أطهار عدة .

---

(١) الزيلعي ١٩/٣ وقال الشارح وكذلك الثنتان في طهر واحد أو بكلمة واحدة ثم قال : واراد بقوله ثلاثاً في طهر اذا لم يتخلل بين التطليقتين رجعة وان تخللت فلا يكره .

(٢) تنوير الأبصار ٣٤٠/٢ .

(٣) الروض النضير ٤٠١/٤ .

دليل الاحناف :

احتج الاحناف بحديث ابن عمر في إحدى رواياته : أنهطلق امرأته ثم أراد أن يتبعها بطلقتين أخريين عند القرأين الآخرين فبلغ ذلك رسول الله فقال له يابن عمر ما هكذا أمرك الله ، قد أخطأت السنة ، السنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء [1] .

ووجه الاستدلال في هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أمره بأن يطلق لكل قرء تطليقة ووصفه له بطلاق السنه والنبي عليه السلام لا يأمر ببدعة ويقول عنها سنة .

دليل المالكية :

قالوا : لا يباح الطلاق أكثر من واحدة لان الاصل في الطلاق الحظر ولا يباح الا لحاجة . والحاجة هذه تندفع بالطلقة الواحدة والخلاص يتحقق بها . والطلاق الثلاث إنما شرع لرخصة جعلها الله لعباده ليتداركوا ما فاتهم من ندم اذا ما طلقوا الطلقة الاولى والثانية . ففي الثلاث مجتمعة تفويت وسد لهذه الرخصة التي شرعها الله ولهذا لا يجوز [2] .

★ ★ ★

ويبدو لي أن ماذهب اليه مالك هو الراجح لان الطلاق إنما شرع لغاية معينة هي الخلاص من الحياة الزوجية بعد أن عالج الزوجان كل وسيلة لابقائها فلم تفلح فكان علاجاً ليجد كل من الزوجين راحته وهناءه في حياة سعيدة أفضل وهذه الغاية وذاك الهدف يتحقق بطلقة واحدة وترك الزوجة حتى تمضي عدتها ولا ضرر على أي من الزوجين ولا خلل بتحقق مقصودهما من الفرقة ، فلماذا نوقع الطلقة الثانية أو الثالثة وقد يندم أحد الزوجين فلا يفيده الندم ..

---

(١) والحديث رواه الدارقطني من حديث معلى بن منصور حدثنا شعيب بن رزيق أن عطاء الخراساني حدثهم عن الحسين قال حدثنا عبد الله بن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض ثم أراد أن يتبعها بطلقتين أخرين فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا ابن عمر الفتح القدير ٣/٢٣ .

(٢) بداية المجتهد ٢/٣٩ .

بل إني أسأل الاحناف أي فرق بين الطلاق الثلاث في طهر واحد أو بكلمة واحدة وبين الطلقات المتفرقة على الاطهار في عدة واحدة ؟ ... لماذا حرمتم الطلاق في الحالة الاولى وقلتم أنه طلاق بدعة وذهبتم تناقشون الشافعية بذلك الذين قالوا أن لا بدعة بالعدد وكانت الحجة معكم بأن الطلاق شرع ليكون مرة بعد مرة . فهل تتحقق هذه الحكمة بتفريق الطلقات على الاطهار .

ومن الغريب حقا أن نجد كتب الاحناف مليئة بالرد على الشافعية وخاصة في البدائع للكاساني وأحكام القرآن للجصاص ففيهما نقاش بديع ورد مقنع على الشافعية الذين أجازوا الطلاق الثلاث مرة واحدة .

يقول الزيلعي من فقهاء الاحناف [1] : والحاجة إلى إيقاع الثلاث ثابتة ليتخلص منها ولا يقع في عدتها بالمراجعة .

فاية حاجة هذه التي لا تندفع إلا بالطلاق الثلاث ؟ ... أخوفاً من المراجعة وأى ضرر اذا تمت المراجعة ؟...هل تحول المراجعة دون الطلقة الثانية أو الثالثة اذا ما أراد ذلك.

هذا اذا راجعها ، أما اذا انتهت العدة ولم يراجعها فأي ضرر من الطلقة الواحدة ؟. وهب أنه ندم على فعله فماذا يفوته بهذا الندم هل تعود الزوجة اليه رغما عنه ؟ ...

ان كلا من المراجعة أثناء العدة ، والعودة بعد مضيها بعقد جديد يحتاج إلى رضا الزوج وموافقته بدون شك .

ان الضرر الحقيقي هو اذا طلقها ثلاث مرات وندم حيث لا ينفعه الندم أو اذا تبين له أن السبب الذي بني عليه مسببات الطلاق أو مبررات الفرقة كانت واهية كاذبة خادعة . هناك هناك الضرر المؤكد الذي نهى الله عنه بعدم تعدد الطلقات .



---

(١) الزيلعي ١٩/٢ .

الطلاق البدعي لدى الشافعية وابن حزم

ذهب الشافعية الى أنه لا بدعة في عدد الطلقات فللرجل أن يطلق واحدة أو أثنين أو ثلاثاً في مجلس واحد أو في طهر واحد أو في عدة واحدة ، ولكنهم قالوا والأولى عدم الجمع .

قال النووي في المنهاج : ولا يحرم جمع الطلقات [١] .

وقال الغزالي في الوجيز [٢] : ولا بدعة في الجمع بين الثلاث ، ولكن الاولى التفريق حذراً من الندم .

وقال الرملي [٣] — ... ومع عدم حرمة ذلك فالاولى تفريقها على الاقراء او الاشهر ليمكن تدارك ندمه .

وحجة الشافعية فيما ذهبوا اليه :

١ — ما رواه الشافعي في كتابه الأم من روايات ساقها للتدليل على رأيه وكلها تدل على موضوع واحد بفكرة واحدة وهي ان عدداً من الصحابة اوقعوا الطلاق الثلاث واستفتوا كبار فقهائهم فأفتوهم بالوقوع دون أن يصدر منهم أي نهي او استنكار لما فعلوه فلو كان طلاق بدعة لنصحوهم او بينوا لهم ان الطلاق المشروع هو الطلقة الواحدة .

واهم ما جاء في الام ما رواه الشافعي أن عويمرا العجلاني لما لاعن زوجته وقبل أن يأمره عليه السلام بالطلاق طلقها ثلاث مرات وكان هذا بحضرة الرسول عليه السلام فكان اقراراً من النبي بالثلاث .

---

(١) مغني المحتاج ٣/٣١٢ .
(٢) الوجيز ٢/٥١ .
(٣) نهاية المحتاج ٦/١١٢ .

ونحن نورد النص بكامله قال الشافعي [1] : طلق عويمر ثلاثاً بين يدي النبي ﷺ ولو كان ذلك محرماً لنهاه عنه ، وقال ان الطلاق وان لزمك فانت عاص بأن تجمع ثلاثاً فافعل كما أمر النبي عمر ان يأمر ابنه عبد الله حين طلق امرأته حائضاً ان يراجعها ...

٢ – وقالوا أيضاً : ان الطلاق الثلاث مشروع لانه معتبر في حق الحكم بلا خلاف وغير المشروع لا يكون معتبراً في حق الحكم .

واستدل ابن حزم لرأيه بعمومات القرآن فقال [2] : من حجة من قال ان الطلاق الثلاث مجموعة سنة لابدعة قول الله تعالى : « فان طلقها فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره . » فهذا يقع على الثلاث مجموعة ومفرقة ولا يجوز أن يخص بهذه الآية بعض ذلك دون بعض بغير نص .

وكذلك قوله تعالى : « إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » عموم لاباحة الثلاث والاثنين والواحدة .

كما استدل ابن حزم بالسنة النبوية وهو ان النبي صلى الله عليه وسلم لو علم ان طلاق الثلاث مجموعة بدعة لما سكت عن بيان ذلك فصح يقيناً أنها سنة مباحة .

رأينا فيما ذهب اليه الشافعي وابن حزم

ان طلاق عويمر العجلاني كان بعد ان تم اللعان بينه وبين زوجته ، وآثار اللعان كما ذكرها الفقهاء على اختلاف مذاهبهم هي الفرقة بين الزوجين . بل ان الشافعي ذهب الى أن الفرقة تقع بمجرد انتهاء الزوج من لعانه ، أي قبل أن تلاعن الزوجة ، فطلاق عويمر إذن حصل بعد ان تمت الفرقة بينهما شرعاً فأي طلاق هذا حتى يقره عليه الصلاة والسلام عليه ؟ ..

واما قولهم ان المشروع معتبر في حق الحكم ، فيرد عليه ان الطلاق في الحيض

---

(١) الام ١٢٢/٥ .
(٢) المحلى ١٧٠/١٠ .

معتبر في حق الحكم فلماذا قالوا عنه انه طلاق بدعي ، اذا كانت العبرة بالأثر الشرعي ، ولم يقولوا عن الطلاق الثلاث انه بدعي وما الفارق بينهما حتى يختلف حكمهما ؟ .

واما ما ذهب اليه ابن حزم من قوله ان آيات الطلاق جاءت عامة فدلت على إباحة جمع الطلقات الثلاث فالجواب على ذلك : ان الآيات التي استدل بها ابن حزم على رأيه لم تأت لبيان عدد الطلقات انما جاءت لأحكام أخرى فالآية الاولى جاءت لبيان حكم المطلقة ثلاثاً وانها لا تحل لزوجها الأول حتى تنكح زوجاً آخر ، والثانية جاءت لحكم المطلقة قبل الدخول وانه لا عدة لها انما الآية التي جاءت لبيان كيفية الطلاق وعدد الطلقات فقد سبق وشرحناها عندما ذكرنا أقوال المفسرين فيها .



الفرع الثالث

هل يقع الطلاق الثلاث

المطلب الاول ـ تصنيف الموضوع

جرت عادة المؤلفين أثناء بحثهم موضوع الطلاق الثلاث ان يصنفوه الى أربعة مذاهب او آراء هي :

١) من قال بالوقوع كما يوقعه الزوج سواء كان واحدة أم أكثر .

٢) من قال بعدم الوقوع اذا زاد عن الواحدة لانه بدعي .

٣) من قال إن من خالف المشروع يرد الى شرع الله فتقع طلقة واحدة رجعية .

٤) ومنهم من فصل بين المدخول بها فقال يقع ما أوقعه الزوج وبين غير المدخول بها فلا يقع الا واحدة .

وليس هذا التصنيف جديداً في مؤلفاتنا الحديثة بل وجدته في كتب الفقه القديمة في مختلف المذاهب مع شيء من الاختلاف .

ولما كنت حريصاً على إتمام البحث ـ ما استطعت الى ذلك سبيلا ـ فقد وجدت نفسي مضطراً الى تحرير هذا الموضوع لما لمسته من الاضطراب في النقل والتفسير وقد لاحظت أن أول من أشار الى هذه الآراء مجموعة ـ في حدود ما اطلعت عليه ـ هو ابن حزم وعنه أخذه ابن القيم ثم تناقلته مختلف كتب الفقه .

تصنيف ابن حزم

جاء في المحلى [1] : اما الاختلاف في طلاق الثلاث مجموعة أهو بدعة أم لا ؟ فزعم قوم انها بدعة ثم اختلفوا : فقالت طائفة منهم لا يقع البتة لان البدعة مردودة .

وقالت طائفة منهم : بل يرد الى حكم الواحد المأمور به بأن يكون حكم الطلاق كذلك .

وقالت طائفة : بل يقع كما هو ويؤدب المطلق .

وقالت طائفة : ليست بدعة ولكنها سنة لا كراهة فيها .

ملاحظاتنا :

١ – ومما يجدر ذكره ان ابن حزم من أتباع الرأي الاخير حيث ذهب الى أن الطلاق الثلاث مجموعاً لا بدعة فيه .

٢ – يبدو لي أن ابن حزم ممن يفرقون في الطلاق الثلاث بين ماإذا كانت مجموعة او متفرقة متتابعة ولهذا نجده أثناء شرحه يذكر الثلاث مجموعة وفي محل آخر يقول بالتكرار وقد رأينا بالنصوص السابقة كلمة مجموعة وانه لا بدعة فيها بل سنة عند ابن حزم .

ويقول في ختام كلامه [2]: – فلو قال لموطوءة أنت طالق أنت طالق فان نوى التكرار لكلمته الاولى واعلامها فهي واحدة ، وكذلك ان لم ينو بتكراره شيئاً .

فان نوى بذلك ان كل طلقة غير الاخرى فهي ثلاث إن كررها ثلاثاً وهي اثنتان ان كررها مرتين بلا شك .

. . .

---

(١) المحلى ١٠/١٧٢ .

(٢) المصدر السابق ١٠/١٧٤

تصنيف ابن القيم :

قال في زاد المعاد [1] — فصل في وقوع الثلاث بكلمة واحدة — اختلف الناس فيها على أربعة مذاهب :

احدها : انه يقـع وهذا قول الأئمة الاربعة وجمهور التابعين وكثير من الصحابة رضي الله عنهم .

والثـاني: انها لا تقع بل ترد لانها بدعة محرمة والبدعة مردودة لقوله صلى الله عليه وسلم من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد .

وهذا المذهب حكاه ابو محمد بن حزم .

وحكي للامام أحمد فأنكره وقال هو قول الرافضة .

الثالث : انه يقع به واحدة رجعية وهذا ثابت عن ابن عباس — ذكره ابو داود عنه — قال الامام احمد وهذا مذهب ابن اسحاق فكان يقول خالف السنة فيرد الى السنة .

وهو قول طاووس وعكرمة .

وهو اختيار شيخ الاسلام ابن تيمية .

الرابع : انه يفرق بين المدخول بها وغيرها فتقع الثلاث بالمدخول بها وتقع بغيرها واحـدة .

وهذا قول جماعة من أصحاب ابن عباس .

وهو مذهب إسحاق بن راهويه فيما حكاه عنه محمد بن نصر المروزي في كتاب اختلاف العلمـاء.

---

(١) زاد المعاد ٥٣/٤ .

ملاحظاتنا على هذا التصنيف

١) ان ابن القيم كان يقصد بهذا التصنيف الطلقات الثلاث مجموعة بكلمة واحدة كما يدل على ذلك عنوان فصله صراحة . وكما نستدل على هذا أيضاً بالحجج التي ساقها بعد أن عدد المذاهب لكل منها فقال في حجج المذهب الثالث : انه لا يقع الا واحدة قياسا على اللعان والاقرار بالزنا ، وكل هذه الامور لو شهد باللعان أو أقر بالزنا أربع مرات بفم واحد لا يصح ذلك لانه مرة واحدة اقترن فيها العدد ، كقوله أشهد بالله أربعاً ، أو أقر بالزنا أربعاً فهذا لا يغنيه عن قوله أشهد بالله أشهد بالله أشهد بالله أشهد بالله فهذه اربع مرات كاملة لاتلك .

٢) وقال عن المذهب انه مذهب الامامية وعبارته :

« ولكن عدم الوقوع جملة هو مذهب الامامية » .

وهذا غير صحيح بل ان بعض الامامية قال اذا قال بفم واحد أنت طالق ثلاثاً فلا تقع — وهذا ما يؤيد أيضاً ما ذكرناه من أن مراده بالمجموعة انها بفم واحد لانه لم يقل أحد من الامامية بعدم وقوع الطلاق المتتابع — كما سيأتي — .

٣) انه أول من صنف لغير المدخول بها فجعل لها مذهباً رابعاً ولا أعني بذلك أنه أول من ذكر ذلك ، فقد سبق لابن حزم والذي نقل عنه ابن القيم فيما أعتقد أن ذكر طلاق غير المدخول بها طلقات مجموعة او متفرقة ولكنه لم يفرد لها مذهباً معيناً .

ولما كان ابن القيم قد أفرد لهذا بحثاً فسأبين رأيي بما ذكره بثلاث فقط :

١ — الاصل الذي إستمد منه ابن القيم هذا التصنيف .

٢ — تفصيل هذا المذهب وحجج قائليه .

٣ — رأينا انه لا يجوز أن نخصص له مذهباً معيناً لان جميع المذاهب تشترك فيه فمن يقول بالوقوع ثلاثاً له رأي بما قبل الدخول ، ومن يقول بالوقوع واحدة له فيه رأي أيضاً ، وان كان ولا بد من أن نفرد له بحثاً خاصاً فليكن الطلاق الثلاث قبل

الدخول والخلاف فيه لان الخلاف هو فيما قبل الدخول ، وليس الخلاف بين عـــدم الدخول وبعد الدخول .

١ ـ الاصل الذي استمد منه ابن القيم هذا التصنيف .

اما عن المصدر الذي استمد منه هذا المذهب فقد سبق وقلت انه اول من صنف لغير المدخول بها مذهباً خاصاً ، واما عن من أخذ هذا ، فقد رجحت ان يكون ابن القيم نقل هذا الرأي عن ابن حزم ـ علماً بأن ابن حزم لم يجعله مذهباً ـ واما من قال بهذا المذهب فلم أجد في كتابه زاد المعاد الذي جاء به هذا التصنيف أكثر من قوله : وهو مذهب اسحاق بن راهويه .

ولكني رجعت الى بقية كتب ابن القيم فوجدته في إغاثة اللهفان يقول : [١] .

وقال ابو بكر بن شيبة : حدثنا اسماعيل بن عليه عن ليث عن طاوس وعطاء انهما قالا : اذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً قبل ان يدخل بها فهي واحدة .

انه قول عطاء بن أبي رباح . قال ابن أبي شيبة : حدثنا محمد بن بشر حدثنا اسماعيل عن قتادة عن طاوس وعطاء وجابر بن زيد انهم قالوا : اذا طلقها ثلاثاً قبل ان يدخل بها فهي واحدة .

قال ابن المنذر في كتابه الاوسط : وكان سعيد بن جبير وطاوس ، وابو الشعثاء وعطاء وعمرو بن دينار يقولون : من طلق البكر ثلاثاً فهي واحدة .

هذا ما نقله الينا ابن القيم ، ومنه يبدو لنا انه لم يتعرض للمطلقة بعد الدخول لان هذه الآراء جاءت صريحة بالبكر وهذه قبل الدخول لا شك [٢] .

---

(١) الاغاثة ٣٢٤/١ .

(٢) قال ابن حزم بعد أن أورد هذه الروايات : روايات لا بيان فيها . ويقصد بذلك أنها لم تفصل المراد أو بالثلاث هل هي مجموعة متفرقة ـ المحلى ١٧٥/١٠ .

ولكننا لو رجعنا الى الادلة التي ساقها هؤلاء نرى انهم يقولون بوقوع الطلقات مجموعة بعد الدخول كما ذهب اليه الجمهور .

٢) ادلة هذا المذهب : [١]

١ – ما رواه ابو داود باسناد صحيح عن أبي الصهباء انه سأل ابن عباس : اما علمت ان الرجل كان اذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة ، قال : نعم [٢] – فاستدلوا بهذا الحديث على أن من طلق زوجته ثلاثاً قبل الدخول فهي واحدة .

وجاء في سنن النسائي تحت باب – طلاق الثلاث المتفرقة قبل الدخول بالزوجة – ان ابا الصهباء جاء الى ابن عباس فقال يا ابن عباس ألم تعلم ان الثلاث كانت على عهد رسول الله وأبي بكر وصدراً من خلافة عمر رضي الله عنهما ترد الى الواحدة قال : نعـــم .

فقالوا إن النسائي اذ وضع هذا الحديث تحت عنوان قبل الدخول فانما يريد بذلك ان مفهوم حديث ابن عباس او تأويله بما قبل الدخول .

قال السندي [٣] : في حاشيته على سنن النسائي في شرح الحديث المذكور : « وهذا الحديث بظاهره يدل على عدم وقوع الثلاث دفعة بل تقع واحدة . وقد أشار المصنف في الترجمة الى تأويله بأن يحمل الثلاث في الحديث على الثلاث المتفرقة لغير المدخول بها »

. . .

٢ – وقالوا ان غير المدخول بها تبين بمجرد قول زوجها لها انت طالق فتصادفها الالفاظ التالية على غير محل لانها اصبحت أجنبية حيث لا عدة عليها فلا تقع أكثر من واحدة [٤] .

---

(١) زاد المعاد ٥٤/٤
(٢) المغنى ٢٤٣/٨
(٣) النسائي ٤٥/٦ وسند الحديث – أخبرنا أبو داود سليمان بن سيف قال حدثنا أبو عاصم عن ابن جريج عن ابن طاوي عن أبيه أن أبا الصهباء ...
(٤) سبل السلام ٢٣٥/٣ .

وقال القرطبي [1] وربما اعتلوا فقالوا : غير المدخول بها لا عدة عليها ، فاذا قال لها : انت طالق ثلاثاً فقد بانت بنفس فراغه من قوله : انت طالق فيرد ثلاثاً عليها وهي بائن فلا يؤثر شيئاً .

. . .

وقد أجاب المخالفون على هذه الادلة :

١) ان حديث أبي الصهباء في المطلقة قبل الدخول لا يفيد أكثر من أن من طلق البكر ثلاثاً فهي واحدة ، كما جاءت الروايات الأخرى عمن قال بهذا المذهب ، ولكن هل يعني هذا ان الزوجة المدخول بها يختلف حكمها ويقع عليها ما أوقعه الزوج ولو كان ثلاثاً ؟ .

والذي أراه في هذا الموضوع : انه روي عـــن ابن عباس روايتان في مسألة واحدة وهي المطلقة ثلاثاً . انما في المرة الاولى سئل عن المطلقة ثلاثاً قبل الدخول ، فأجاب انها تقع واحدة ، وسئل في المرة الثانية عن المطلقة بعد الدخول فأجاب بالوقوع واحدة ايضاً . ولا داعي لتخصيص الرواية الثانية بالاولى لان الاولى جزء من الثانية تشملهـــا بعمومهـــا .

يقول الشوكاني [2] ــ ان التقييد بقبل الدخول لا ينافي صدق الرواية الأخرى الصحيحة على المطلقة بعد الدخول . وغاية ما في هذه الرواية انه وقع فيها التنصيص على بعض افراد مدلول الرواية الصحيحة المذكورة ، وذلك لا يوجب الاختصاص بالبعض الذي وقع التنصيص عليه .

٢) وأجابوا عن الحجة الثانية التي تقول بأن غير المدخول بها تبين بمجرد قول زوجها لها انت طالق ، فيصادفها الالفاظ التالية وهي أجنبية ، فلا يقع عليها ، قالوا :

---

(١) تفسير القرطبي ١٣٣/٣

(٢) نيل الاوطار ٢٣٤/٦ .

ان قوله لها انت طالق ثلاثاً ، أو أنت طالق انت طالق انت طالق ، هي عبارة واحدة متصلة ، لا يصح فصل أجزائها عن بعضها البعض ، كقوله أنت طالق ان شاء الله ، فهذه جملة واحدة . فلماذا نعتبر الاتصال هنا ولا نعتبره هناك فنقول اذا قال أنت طالق ان شاء الله لا يقع طلاقه لانه جملة واحدة واذا قال لها انت طالق انت طالق نفصل بين أجزاء الجملة ونقول تقع الاولى دون الثانية ؟ ... [1] .



٣) بعد ان ذكرنا حجج هذا المذهب وما أجيب عنه تمشياً مع التصنيف التقليدي الذي يذكره الفقهاء حتى اليوم أقول إنه لا داعي لان نفرد له بحثاً مستقلا ونسميه بهذا الذي سموه به .

فقولهم : مذهب التفصيل بين قبل الدخول وبعد الدخول يفهم منه انه مذهب خاص ، انفرد به أصحابه بينما هذا الموضوع ليس خاصاً بمن ذكروا من الفقهاء بل هو بحث عام لكل من تكلم في الطلاق وبمعنى آخر ان جميع المذاهب التي قالت بوقوع الطلاق الثلاث متفرقاً او مجموعاً كانت لهم آراء بالمطلقة قبل الدخول تختلف عن المطلقة بعد الدخول .

ولهذا فاني أرى ان يستبدل هذا العنوان التقليدي الذي سار عليه ابن القيم ومن جاء بعده من المؤلفين في القديم والحديث بحيث لا تجد كتاباً يبحث موضوع الطلاق الثلاث الا ويصادفك فيه هذا التقسيم .

لهذا أرى أن يستبدل ببحث آخر أو بعنوان آخر وهو احكام الطلاق الثلاث قبل الدخول

---

(١) نقل ابن حجر في فتح الباري ٢٩٨/٩ والشوكاني في نيل الاوطار ٢٣٤/٦ عن القرطبي أنه قال جواباً على هذا المذهب أن قوله أنت طالق ثلاثا لغير المدخول بها كلام متصل . وهذا من حيث المعنى صحيح انما لم أجد في القرطبي هذه العبارة وانما وجدت تعليلا نقله القرطبي عمن قال بالوقوع طلقة واحدة قبل الدخول وقال : لان قوله : أنت طالق مستقل بنفسه « فكلمة مستقل » نقلها ابن حجر والشوكاني متصل ، ولعله من تحريف بعض النساخ في عصر لم تكن فيه الطباعة منتشرة ومما يوضح المعنى الذي أشرت اليه ما جاء تتمة لكلام القرطبي حيث يقول « لان قوله ؛ أنت طالق مستقل بنفسه ، فوجب الا تقف البينونة في غير المدخول بها على مايراد بعده . ـــ تفسير القرطبي ١٣٣/٣ .

لان الخلاف هنا حيث يرى بعضهم انه اذا قال لها أنت طالق ثلاثاً مجموعة أو متفرقة وما نشأ عن ذلك من خلاف .

وسنذكر بايجاز رأي الفقهاء في الطلاق الثلاث قبل الدخول .

الطلاق الثلاث قبل الدخول :

١) قال ابن مسعود فيمن طلق امرأته ثلاثاً قبل الدخول قال : هي ثلاث ، فان طلقها واحدة ثم ثنى ثم ثلث لم يقع عليها لانها قد بانت بالاولى . فمذهب ابن مسعود يفرق بين قول الزوج انت طالق ثلاثاً فتقع الثلاث وبين قوله انت طالق انت طالق انت طالق فلا تقع الا واحدة .

والى هذا ذهب ابن حزم [1] — وهو رأي طاوس والشعبي وعكرمة وحماد بن أبي سليمان وعدد من الفقهاء .

٢) وقال فريق من الفقهاء يقع ما أوقعه الزوج ، ما دام في المجلس سواء أكان طلقة واحدة أو ثلاث طلقات متفرقة أو مجموعة . اما لو تفرق المجلس فلا يقع الا ما أوقعه في مجلسه الاول .

٣) وقالت طائفة ان وصل كلامه ولم يقطع عنه كأن يكرر الطلاق أكثر من مرة فيقع الطلاق مكرراً اما اذا سكت فلا يقع بعد سكوته أكثر مما أوقعه قبل ذلك .

وخلاصة الآراء في المطلقة قبل الدخول :

١) انها واحدة سواء قالها بلفظ واحد أو بثلاثة الفاظ .

٢) انها ثلاث سواء أوقع الثلاث بلفظ واحد او بثلاثة الفاظ .

٣) انه ان أوقعها بلفظ واحد فهي ثلاث . وان أوقعها بثلاثة الفاظ فهي واحدة . فاذا قال لها انت طالق انت طالق تبين بالاولى ويلغى ما عدا ذلك قال

---

(١) المحلى : ١٠/١٧٤

بهذا : سفيان وأصحاب الرأي والشافعي وأحمد .

وقال مالك : اذا قال لها ثلاث مرات : انت طالق نسقاً متتابعة حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره ، فان هو سكت بين التطليقتين باتت بالاولى ولم تلحقها الثانية [1] .

ما ذهب اليه القرطبي وابن حجر :

لم يذكر القرطبي في تفسيره [2] مذهب الطلاق قبل الدخول حينما تكلم عن الطلاق الثلاث بل اقتصر على المذاهب الثلاث الأخرى .

اما هذا الموضوع وهو الطلاق الثلاث لغير المدخول بها فقد بين أحكامه في آخر بحث له عن هذه المسألة .

وكذلك فان ابن حجر [3] اقتصر على المذاهب او الآراء الثلاثة دون أن يجعل الرأي القائل بالتفرقة في الطلاق الثلاث بين قبل الدخول وما بعده .

وقد تناول ابن حجر بحث الطلاق الثلاث قبل الدخول في محل آخر أثناء شرحه حديث ابن عباس الذي سوف نتناوله بالدراسة بعد قليل .

أما صاحب سبل السلام [4] :

فقد نقل التصنيف الرباعي الذي سار عليه ابن القيم . ونلاحظ ان الصنعاني لم يفرق بين الطلقات الثلاث مجموعة او متفرقة وهل المذهب القائل بعدم الوقوع يشمل الحالتين ام احداهمـــا .



---

(١) إغاثة اللهفان ١/٣٢٥
(٢) تفسير القرطبي ٣/١٢٩
(٣) الفتح الباري
(٤) سبل السلام ٣/٢٣٤

المطلب الثاني – التصنيف الذي اختاره

نستطيع أن نقسم هذا البحث الى ثلاثة مذاهب من حيث الوقوع وعدمه :

المذهب الاول : ان الطلاق الثلاث لا يقع لانه بدعة والبدعة مردودة .

المذهب الثاني : لا يقع الطلاق بأكثر من طلقة واحدة رجعية مهما اقترن اللفظ بالعدد .

المذهب الثالث : انه يقع كما يتلفظ به الزوج سواء أكان طلقة واحدة او أكثر .



المذهب الاول

مذهب عدم وقوع الطلاق الثلاث

ذهب بعض الشيعة الجعفرية ، وبعض التابعين ، الى أن الطلاق اذا اقترن بعدد يزيد على الواحدة فلا يقع ، سواء قال لها أنت طالق اثنتين أو ثلاثاً أو أشار اليها بأصبعه او باصابعه الثلاث فلا يقع ، لانه طلاق بدعي مردود .

واحتجوا بقولهم هذا بأن القرآن صريح بقوله : الطلاق مرتان . وهذا يفيد الحصر أي أن الطلاق الذي شرعته لكم لا يكون الا مرتين ، وعقب كل مرة اما امساك بمعروف او تسريح باحسان — فكل طلاق خالف ما جاء به الشرع فهو غير مشروع ولا يقع كالطلاق في الحيض .

وقد اضطرب النقل في المؤلفات الفقهية حول هذا المذهب وقد اردت توضيح ذلك بشيء من التفصيل لاني لم أجد هذا المذهب محرراً في أي كتاب اطلعت عليه .

ما ذكره الأستاذ الخفيف :

يقول أستاذنا فضيلة الشيخ علي الخفيف في كتابه فرق الزواج [1] — وهو ممن ذهبوا الى التصنيف الرباعي الذي ذكرته عن ابن القيم وأبديت ملاحظاتي حوله : « المذهب الاول يقضي بعدم وقوعه اذا كان بلفظ واحد مقترن بما يدل على زيادته على الواحدة لفظاً أو اشارة .

(١) فرق الزواج ص ٣٢

اما اذا كان بالفاظ متفرقة في مجلس واحد ، او في أكثر من مجلس ، في عدة واحدة ، دون ان يفصل بين كل تطليق وآخر مراجعة ، فان الاول يقع ، اذا توافرت فيه شروط الطلاق ولا يقع الثاني ولا الثالث ...

وهذا مذهب جماعة من التابعين كما حكاه الليث بن سعد ومذهب ابن عليه وهشام ابن الحكم وأبي عبيدة والقاضي الحجاج بن أرطأة [1] وبعض أهل الظاهر . واليه ذهب جمهور الشيعة الامامية .

وجاء استاذنا فضيلة الشيخ محمد الزفزاف بعد أن ذكر التقسيم الربـاعي فقال [2] : المذهب الثاني : انه لا يقع متى كان بلفظ واحد يقترن به ما يدل على أكثر من واحدة بأن يتلفظ بعدد أكثر من الواحد — أما اذا كان بالفاظ متعددة سواء أكانت في مجلس واحد ، أو أكثر ولكنه في عدة واحدة ولم يفصل بين كل طلقة وما بعدها برجعة — فالرواية التي اطلعت عليها فيه هي انه لا يقع .

وقال أستاذنا الشيخ الزفزاف — « ولكن بعض من أجلهم من الباحثين الفضلاء روى أنهم فرقوا بين ما اذا كان بلفظ واحد مقترن بما يدل على أكثر من واحدة .. وبين ما اذا كان بالفاظ متعددة .. »

وقد نقل أستاذنا الجليل الشيخ الزفزاف عبارة الشوكاني الذي جعلها سنداً لهـذا المذهب وصحح بها ما ذهب اليه أستاذنا الجليل الشيخ الخفيف :

قال الشوكاني في نيل الاوطار [3] : « وذهب بعض الامامية الى أنه لا يقع بالطلاق المتتابع شيء ، لا واحدة ، ولا أكثر منها ، وقد حكي ذلك عن بعض التابعين — وروي عن ابن عليه وهشام بن الحكم ، وبه قال أبو عبيدة وبعض أهل الظاهر وسائر من يقول : ان الطلاق البدعي لا يقع لان الثلاث بلفظ واحد أو ألفاظ متتابعة منه — وعدم وقوع البدعى هو أيضاً مذهب الباقر والصادق والناصر » .

---

(١) الحجاج بن أرطاة توفي عام ١٤٥ هـ

(٢) مذكرات فقه القرآن والسنةص ٩٢ (٣) نيل الأقطار ٦/٢٣٢

ويقول فضيلة أستاذنا الزفزاف — فهذه العبارة كما ترى على أنه لا فرق بين ما كان بلفظ واحد مقترن بما يدل على أكثر من واحدة ، وما كان بالفاظ متتابعة — بل حكمها واحد وهو عدم الوقوع عند أصحاب هذا الرأي . ومبدؤهم يتمشى مع هذه الرواية ضرورة أنه طلاق بدعي — والبدعي عندهم لا يقع .

وقال صاحب الروضة الندية [1] :

بعد أن ذكر هذا المذهب قال : قلت : بل هو مذهب جماعة من التابعين كما حكاه الليث ومذهب ابن عليه وهشام بن الحكم وجميع الامامية . ومن أهل البيت عليهم السلام : الباقر والصادق والناصر وبعض الظاهرية لان هؤلاء قالوا :

ان الطلاق البدعي لا يقع والثلاث بلفظ واحد والفاظ متتابعة لا تقع .

والآن سأبدي ملاحظات حول هذه النصوص فأبدأ برواية الشوكاني والروضة الندية لأنها المرجع الذي منه استمد أستاذنا الجليل الشيخ الزفزاف ما ذهب اليه .

ملاحظات حول ما ذهب اليه الشوكاني في نيل الاوطار :

١ — قوله ذهب بعض الامامية الى انه لا يقع بالطلاق المتتابع شيء لا واحدة ولا أكثر غير صحيح ، لانه لم يقل أحد من الامامية بعدم وقوع الطلاق المتتابع ، انما الذين قالوا بعدم الوقوع من الجعفرية قالوا بعدم وقوع الطلاق المقترن بالعدد بأكثر من واحدة لا المتتابع — وسوف نرى تحقيق ذلك بعد قليل .

٢ — يذهب الشوكاني الى أن سائر من يقول بعدم وقوع الطلاق البدعي في الحيض يقول بعدم وقوع الطلقات الثلاث ، وهذا أيضاً غير دقيق ، فلو صحح عبارته فقال : وذهب بعض الذين قالوا بعدم وقوع الطلاق البدعي في الحيض لكان صحيحاً . فان كثيراً ممن قالوا بعدم وقوع الطلاق في الحيض ، كابن تيمية وابن القيم قالوا بوقوع الطلاق المقترن بالعدد واحدة رجعية ، بل ان ابن حزم وهو من أشد الفقهاء تحمساً لمذهب

---

(١) الروضة الندية : ٢/٥٠

عدم وقوع الطلاق في الحيض قال بوقوع الطلقات الثلاث كما يوقعها الزوج ان واحدة او اكثر .

٣ — وقال الشوكاني ان مذهب الناصر عدم الوقوع . والصحيح ان مذهبه الوقوع واحـــدة .

٤ — كما ان الشوكاني لم يفرق بين الثلاث بلفظ واحد ، او الفاظ متتابعة ، وهذا خطأ لان هناك من فرقوا بين المذهبين فالمتتابع يقع والمقترن بعدد لا يقع في مذهب بعض الشيعة .

٥ — وأما من ذكر أسماءهم وهم : ابن عليه وهشام بن الحكم وابو عبيدة وبعض أهل الظاهر فيحتاج الى تحقيق أكثر مما نقل عنهم .

فهؤلاء الذين ذكر مذهبهم على أنه عدم وقوع الطلقات الثلاث ، الصحيح ان مذهبهم عدم وقوع الطلاق في الحيض — وبما ان الشوكاني لم يفرق بين المذهبين لهذا قرر ان سائر من قال بعدم وقوع الطلاق البدعي في الحيض قال بعدم وقوع الطلاق الثلاث . وقد وجدت مذهبهم في البحر الزخار [1] — وانهم يقولون بعدم وقوع الطلاق في الحيض ولم أجد لهم رأياً في الطلاق الثلاث في هذا الكتاب .

وأما صاحب الروضة الندية :

فقد نقل رأي الشوكاني وزاد فيه ان هذا المذهب هو مذهب جميع الامامية وهذا خطأ فاضح وبقية الملاحظات التي ذكرناها عن نص الشوكاني لا تختلف عما ذهب اليه القنوجي في الروضة الندية .

وبعد هذا يتضح لنا ان ما ذهب اليه الشوكاني في نصه السالف الذكر لا يصلح ان يكون حجة يعتمد عليها في نقل هذا المذهب .

---

(١) البحر الزخار ١٥٤/٣

مناقشة مع استاذنا الجليل الشيخ الزفزاف :

١ — لقد اعتمد أستاذنا الزفزاف في نقد ما جاء في كتاب فضيلة أستاذنا الجليل الشيخ علي الخفيف ، على ما جاء في نيل الاوطار ، والروضة الندية ، والبحر الزخار ، وقد تبين لنا ضعف ما كتبه الشوكاني في تحرير هذا المذهب ، فلا يصح ان تكون مرجعاً لهذا البحث ، فضلا عن ان مذهب الشيعة الجعفرية والذي يعتبر هو المرجع لهذه التفرقة ، لو رجعنا الى مصادره التي أخطأ بالنقل عنها الشوكاني لوجدنا خلاف ذلك .

٢ — وأما فيما يتعلق برأي فضيلة أستاذنا الزفزاف فقد علق على عبارة الشوكاني بقوله ومبدؤهم يتمشى مع هذه الرواية ، ضرورة أنه طلاق بدعي — والبدعي عندهم لا يقـــع .

أرى أن هذه العبارة تحتاج الى شيء من الوضوح ، لان مبدأ هؤلاء الذين نقـــل عنهم الشوكاني يخالف ما ذكر عنهم لانهم فرقوا بين المتتابع ، والمقترن بالعدد ، وهو لم يفرق . واما تعميم الكلام على كل من قال بعدم وقوع البدعى انه قال ضرورة بعدم وقوع الطلاق الثلاث ، فأيضاً يحتاج الى شيء من التفصيل لان الشوكاني يقصـــد بالبدعى هنا الطلاق في الحيض ويقيس عليه ، وان شمله اللفظ وقد بينت ان هناك من قال بالاول ولم يقل بالثاني كابن تيمية وابن القيم وابن حزم .

٣ — وأما نقده لاستاذنا الشيخ الخفيف فاني أقول انه اذا طلق رجل امرأته فقال لها انت طالق ثم بعد شهر أو شهرين وهي لا تزال في العدة قال لها انت طالق فهل نبطل طلاقه الاول والثاني ام نبقى على طلاقه الاول ونلغي الثاني ؟ . أعتقد انه لا مجال للقول بأن من طلق زوجته طلاقاً متتابعاً في مجالس عدة أو في أطهار عدة انه لا يقع شيء من طلاقه ولو نقل هذه العبارة الشوكاني وغيره لانها تخالف المعقول والاصول الفقهية . لانه ليس من المعقول ان من طلق امرأته ووقع الطلاق ان نلغي الطلاق بعد وقوعه وتمامه لأن التصرف الاول نشأ صحيحاً فلا يجوز ابطاله . وفي هذه الحالة نلغي عبارة الزوج الثانية بالطلاق الثاني لأنها بانت منه بالطلقة الاولى ، ووقع الطلاق الثاني على غير محل كما ذهب الى ذلك من لا يوقع الطلاق في العدة .

مناقشة استاذنا الجليل الشيخ الخفيف :

يقول أستاذنا الشيخ الخفيف ان مذهب جمهور الشيعة الى ان الطلاق المقترن بالعدد لا يقع . اما الطلاق المتتابع في مجلس أو أكثر فيقع واحدة .

هذا الرأي جمع بين مذهبين الاول من قال بعدم الوقوع اذا اقترن الطلاق بعدد أكثر من واحدة . وهو رأي بعض الشيعة الجعفرية – والثاني : من قال بوقوع الطلاق المتتابع طلقة واحدة سواء كان في مجلس او أكثر وهو مذهب الشيعة الجعفرية .

ولو قال أستاذنا هذا الرأي هو مذهب بعض الشيعة الجعفرية لصح القول لان جمهور الشيعة يقولون بوقوع الطلاق المقترن بالعدد أو المتتابع طلقة واحدة .

وأما بعض من ذكر أسماءهم أستاذنا الجليل على أن مذهبهم عدم الوقوع كالحجاج ابن أرطأة ففي نقل رأيه اختلفت الكتب الفقهية – وعلى ما يبدو لي ان مذهبه غير محرر لاني وجدت ثلاث روايات عنه كل منها تختلف عن الاخرى .

فقد ذكر القرطبي في تفسيره ان مذهب عدم الوقوع روى عن الحجاج بن أرطأة ومقاتل وداود ثم ذكر روايتين عن الحجاج أشهرهما تقول بوقوع الطلقات الثلاث كما أوقعها ، والثانية تقول بالوقوع واحدة وعلى هذا فثلاث روايات نقلها القرطبي عن الحجاج بن أرطأة [1] .

كما أن ابن العربي ذكر ان مذهب عدم الوقوع يروي عن الحجاج بن أرطأة [2] .

وقال النووي في شرحه مسلم [3] ان مذهب الوقوع واحدة رواية عن الحجاج ابن أرطأة .

★ ★ ★

وخلاصة ما نختم به هذا الموضوع ، بأن مذهب عدم وقوع الطلقات الثلاث

---

(١) القرطبي ٣/١٣٩

(٢) أحكام القرآن ١/١٩٠

(٣) شرح النووي على مسلم ١٠/٧٠

مجموعة ، هو مذهب بعض الشيعة لا جمهورهم ، وأن من نقل هذا المذهب فانه يحتاج الى تحرير وتحقيق .

كما واني انبه الى ان من قال بعدم وقوع الطلقات مجموعة قال بوقوع الطلاق المتتابع . فالخلاف حول الطلاق الثلاث بكلمة واحدة لا المتتابع فإنه لا خلاف في وقوعه واحدة لدى الجعفرية كما سوف نرى مذهبهم بالتفصيل .



مذهب الجعفرية في الطلاق الثلاث بكلمة واحدة

اختلف الفقهاء الذين نقلوا هذا الموضوع عن المذهب الجعفر ي حتى شمل الخلاف بعض فقهاء الامامية المعاصرين فضلا عن باقي فقهاء المذاهب الاخرى المحدثين منهم والقدامى .

وسبب هذا الاضطراب في رأيي ، يعود الى نصوص عامة وردت في كتب الامامية ، بعضها يقول بالوقوع مرة واحدة ، وبعضها يقول بعدم الوقوع .

وقد حملني هذا الى الرجوع الى عدد من كتب الفقه والحديث والتفسير في المذهب الامامي ، فتبين لي في حدود ما اطلعت عليه ، أنه لا خلاف لدى الامامية بوقوع الطلاق المتتابع المتكرر طلقة واحدة لا أكثر سواء أكان ذلك في مجلس واحد أو في اطهار متعددة .

انما الخلاف في وقوع الطلاق الثلاث اذا كان دفعة واحدة فبعضهم يقول بعدم الوقوع وجمهورهم على أنه يقع واحدة .

لو طلقها أكثر من طلقة بلفظ واحد ففيه خلاف :

قال بعض الجعفرية : اذا أوقع الزوج أكثر من واحدة فلا يقع لأنه طلاق بدعة محرمة فهو غير مشروع ، وما كان غير مشروع فلا أثر له ، ولهذا يعتبر لفظه لاغياً . وقد وجدت هذا الرأي في كتبهم المختلفة من فقه وحديث وتفسير وآثار :

جاء في اللمعة الدمشقية وهو يذكر الطلا ق المحرم [١] .

---

(١) اللمعة الدمشقية ٢/١٥٠

... اما حرام ، وهو طلاق الحائض ... والثلاث من غير رجعة وكله لا يقع ، لكن يقع في الثلاث .

وقال في الروضة البهية [١] – والتحريم هنا يرجع الى المجموع من حيث هو مجموع وذلك لا ينافي تحليل بعض أفراده وهو الطلقة الاولى اذ لامانع منها اذا اجتمعت الشرائط .

وجاء في الكافي [٢] – عن عمرو بن البراء قال : قلت لا بي عبد الله عليه السلام : – ان اصحابنا يقولون ان الرجل اذا طلق امرأته مرة او مائة فانما هي واحدة ، وقد كان يبلغنا عنك وعن آبائك انهم كانوا يقولون اذا طلق مرة او مائة مرة فانما هي واحدة ؟ فقال : هو كما بلغكم .

قال في التهذيب [٣] – عن أبي جعفر عليه السلام قال : ان طلقها للعدة أكثر من واحدة فليس الفضل على الواحدة بطلاق .

وجاء في التهذيب[٤] :

قال ابو عبد الله عليه السلام : لا تشهد لمن طلق ثلاثاً في مجلس واحد .

وجاء في تفسير البيان للطبرسي [٥] وهو يفسر قوله تعالى : الطلاق مرتان .

---

(١) الروضة البهية ٢/١٥٠

(٢) الكافي ٣/١٠٢ وسند الحديث عن حميد بن زياد عن الحسن بن محمد بن سماعه عن جعفر بن سماعه وعلى بن حديد عن عبد الكريم بن عمرو الخثعمي عن عمرو بن البراء .

(٣) التهذيب ٢/٣٦٤ وسنده عن محمد بن عبد الله بن زرارة عن محمد بن أبي عمير عن عربه أذنيه عن بكير بن أعين عن أبي جعفر .

(٤) التهذيب ٣/٢٨٩ وسند الحديث : رواه محمد بن أحمد بن يحيى عن أحمد بن محمد عن معاوية ابن حكيم عن مثنى الحناط عن الحسين بن زياد الصيقل قال : قال أبوعبد الله ...

(٥) تفسير البيان ٢/١٣٩ وعلل ذلك الطبرسي بقوله : لا نه قال : الطلاق مرتان ثم ذكر الثالث على الخلاف في قوله : أو تسريح باحسان أو قوله فان طلقها ، ومن طلق ثلاثا بلفظ واحد فانه لم يأت بالمرتين ولا بالثالثة كما أنه أوجب في اللعان أربع شهادات فلو أتى بالاربع بلفظ واحد أتى بالمشروع ولم يحصل حكم اللعان ، وكذلك لو رمى في الجمار بسبع حصيات دفعة واحدة لم تجزىء عنه بلا خلاف وكذلك الطلاق .

واستدل أصحابنا بهذه الآية على ان الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع .

وقال في جواهر الكلام [1] .

أما من فسر الطلقة باثنتين او ثلاث ... قال المرتضى وابن أبي عقيل وحمزة ويحيي بن سعيد : - يبطل الطلاق من أصله للشك في زوال النكاح .

وروى صاحب الجواهر عن أبي عبد الله : من طلق ثلاثاً في مجلس واحد فليس بشيء . وهذا الحديث صريح بعدم الوقوع وان كنت لم أعثر عليه في كتب الحديث التي اطلعت عليها من كتبهم .

وروى أيضاً خبراً لهارون بن خارجه عن أبي عبد الله المروى من كتب الخرائج قال :

قلت (لأبي عبد الله) اني ابتليت فطلقت أهلي ثلاثاً في دفعة فسألت أصحابنا فقالوا ليس بشيء الا ان المرأة قالت لا أرضى حتى تسأل ابا عبد الله . فقال : ارجع الى أهلك فليس عليك شيء .

وقال في المختصر النافع [2] - وطلاق الثلاث المرسله لا يقع .

جاء في السرائر [3] - ما روى عن الامام علي بن أبي طالب انه قال : ايا كم والمطلقات ثلاثاً في مجلس واحد فإنهن ذوات أزواج .

وروي عن ابن عباس انه كان يقول : الا تعجبون من قوم يحلون المرأة لرجل واحد وهي تحرم عليه ويحرمونها على آخر وهي حلال له فقالوا له يا ابن عباس ومن هؤلاء القوم ؟ فقال : هم الذين يقولون للمطلق ثلاثاً في مجلس واحد قد حرمت عليك امرأتك .

---

(١) جواهر الكلام كتاب الطلاق ص ٢٨٩/٥

(٢) المختصر النافع ص ٢٢٢ وعبارته الكاملة : فالبدعة طلاق الحائض مع الدخول وحضور الزوج أو غيبته دون المدة المشترطة وفي طهر قد قربها فيه وطلاق الثلاث المرسلة ، وكله لا يقع .

(٣) السرائر ص ٣٣٩ مخطوط رقم ٣٣٨ مكتبة معهد الدراسات العربية .

وقال جمهور الجعفرية : اذا طلق الرجل زوجته بلفظ واحد أكثر من طلقة فلا يقع الا واحدة .

وعللوا ذلك : بأن من خالف المشروع رد الى شرع الله من كتاب او سنة .

جاء في التهذيب [(١)] : — عن اسماعيل بن عبد الخالق قال : سمعت أبا الحسن عليه السلام وهو يقول طلق عبد الله بن عمر ثلاثاً فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم واحدة ، فردها الى الكتاب والسنة .

وقال الطوسي في الاستبصار [(٢)]

اذا طلقها ثلاثاً في كلمة واحدة فانما يقع منها واحدة .

ونقل صاحب جواهر الكلام عن نهج الحق [(٣)] — انه يقع طلقة واحدة بقوله طالق ، ويلغوا التفسير بالثلاث ، وقال : وهذا أشهر الروايتين : —

واني أنقل عن محمد بن ادريس ما جاء في كتاب السرائر حيث ذكر الرأيين في الوقوع وعدمه اذا كان الطلاق بلفظ واحد [(٤)] وهو أدق نص عثرت عليه لامام من أئمة الجعفرية وهو تلميذ الطوسي وعنه نقل كثير من الفقهاء القدامى منهم صاحب جواهر الكلام وله أراء اجتهادية خالف فيها أستاذه .

قال : ومن شرائط الطلاق العامة ان يطلقها تطليقة واحدة فان طلقها اثنتين او ثلاثاً بأن تقول : انت طالق ثلاثاً لغير المدخول بها او قال ذلك للمدخول بها لم يقع على الصحيح من المذهب الا واحدة — وقال بعض أصحابنا لا يقع من ذلك شيء — والأول الاظهر من المذهب .

* * *

---

(١) التهذيب ٢٦٥/٢ وسنده : ما رواه أحمد بن محمد بن عيسى عن علي بن الحكم عن اسماعيل بن عبد الخالق .

(٢) الاستبصار ٢٨٩/٣ .

(٣) جواهر الكلام ص ٢٨٨/٥ .

(٤) السرائر ص ٣٣٨ .

اختلاف النقل في هذا الموضوع عن الجعفرية في المؤلفات الحديثة :

اضطرب النقل في مؤلفاتنا الحديثة عن مذهب الجعفرية في وقوع الثلاث وأكثر ما اطلعت عليه من قول ، على ان الطلاق الثلاث لا يقع به طلاق مطلقاً في المذهب الجعفري.

يقول الدكتور مدكور في كتابه الزواج والفرقه [1] وهناك فريق من فقهاء الشيعة الامامية يرون ان الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع به طلاق ويعتبر لغواً بمجرد اقترانه بالعدد .

بينما نجد استاذنا الجليل الشيخ علي قراعه يقول ان مذهب عدم الوقوع هو مذهب الشيعة[2] « قال بعض الناس : اذا وقع الطلاق الثلاث جملة واحدة لم يقع وهو مذهب الشيعة أيضاً [3] »

الخلاف في اقوال فقهاء الامامية المعاصرين :

يقول فضيلة الشيخ محمد جواد مغنيه في كتاب الفصول الشرعية تعليقاً على المادة ١٢٩ من الاحكام الجعفرية التي تنص على عدم وقوع الطلقات الثلاث المتكررة او بلفظ واحد الا واحدة ، قال : كل ما ذكرناه شرطاً لصحة الطلاق مجمع عليه وتجد ذلك في جميع كتب الفقه للاماميه (٤) .

---

(١) الزواج والفرقة ص ١٧٨

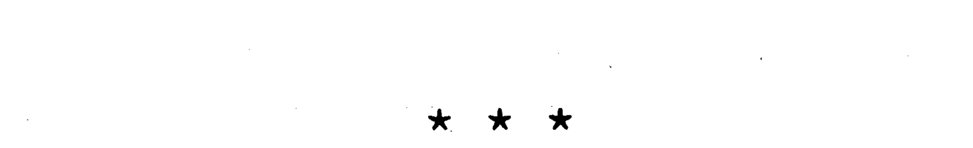
(٢) فه القرآن والسنة ص ٢٩ .

(٣) ونلاحظ أن أكثر الذين تناولوا هذا الموضوع ينقلون عن الشيعة الجعفرية أن مذهبهم عدم وقوع الطلقات الثلاث مجموعة فقد جاء في كتاب المرحوم الاستاذ معوض محمد مصطفى سرحان في الاحوال الشخصية ص ٣٠٢ . أن رأي الشيعة الامامية : أن الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث لا يقع به شيء لأنه بدعة وكذلك يقول الاستاذ علي حب الله في كتاب الفرقة بين الزوجين ص ٣٥ أن جمهور الشيعة الامامية يذهبون إلى أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع به شيء .

(٤) الفصول الشرعية ص ٧٤ .

وأمــا الشيخ محمد تقي الدين القمي السكرتير العام لجماعة التقريب بين المذاهــب الاسلامية ــ فيقول : في مقدمة المختصر النافع وهو يذكر مذهب الامامية في الطــلاق الثلاث .

ولا يوقعون طلاق الثلاث بلفظ واحد ، او متتابعاً في مجلس واحد .



المذهب الثاني

من قال بوقوع الطلاق الثلاث طلقة واحدة

ذهب الجعفرية ــ على التحقيق الذي سوف نذكره ــ وجمهور الزيدية وفريق من فقهاء المذاهب الاخرى الى ان الطلاق الثلاث لا يقع الا واحدة .

مذهب الجعفرية في الطلاق الثلاث

ذكرنا مذهب الجعفرية في الطلاق الثلاث بلفظ واحد .

أما الطلاق المتتابع المتكرر فلا خلاف لدى الامامية بوقوعه طلقة واحدة مهما تكرر العدد سواء أكان ذلك بمجلس واحد او في طهر واحد او في عدة اطهار .

جاء في الاستبصار [1] .

عن جميل بن دراج عن احدهما عليهما السلام : ــ سألته عن الذي يطلق في حال الطهر في مجلس واحد ثلاثاً قال : ــ هي واحدة .

وجاء في التهذيب [2] ــ عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ــ الطلاق ثلاثاً في غير عدة ان كانت على طهر فواحدة .

وروى في الكافي [3] ــ « فان طلقها واحدة على طهر بشهود ثم انتظر بها حتى تحيض وتطهر ثم طلقها قبل ان يراجعها لم يكن طلاق الثانية طلاقاً لأنه طلق طالقاً ولأنه اذا كانت المرأة مطلقة من زوجها كانت خارجة عن ملكه حتى يراجعها » .

---

(١) الاستبصار ٣/٢٨٥ .

(٢) التهذيب ٢/٢٦٣ .

(٣) الكافي ٢/١٠٠ .

وهنا أود ان انبه الى امر هام ، وهو ان مطلق المراجعة لا يكفي ، اذا أراد أن يطلقها ثانية ،فلو طلقها بعد ان راجعها بدون مواقعة لم يكن طلاقاً في هذا المذهب .

ولهذا وجدت كتب الفقه والحديث تؤكد هذا الأمر وهو برأيي يمثل حكمة المراجعة حيث لا تصبح المراجعة سبباً للطلاق المتكرر .

قال في الاستبصار [١] فان طلقها على طهر بشهود ، ثم راجعها ، وانتظر بها الطهر من غير مواقعه ، فحاضت وطهرت ، ثم طلقها قبل ان يدنسها بمواقعه بعد الرجعة ، لم يكن طلاقه لها طلاقاً ، لأنه طلقها التطليقة الثانية في طهر الأولى ، فلا ينقضي الطهر الا بمواقعة بعد الرجعة ، وكذلك لا تكون التطليقة الثالثة إلا بمراجعة ، ومواقعه بعد الرجعة ، ثم حيض وطهر بعد الحيض ، ثم طلاق بشهود ، حتى يكون لكل تطليقة طهر من تدنيس المواقعة بشهود . »

وروى صاحب جواهر الكلام عن أبي عقيل : « ان الطلاق بعد الرجوع في ذلك الطهر من غير مواقعة ليس طلاقاً ولا يقع منه وان تعدد الطلاق الا الطلاق الأول ...

وجاء في جواهر الكلام ايضاً [٢] لو كرر الصيغة مرتين او ثلاث قاصراً التعداد ... لا خلاف بيننا في وقوع الواحدة .

وقال في السرائر [٣] ـ فان قال لغير المدخول بها أنت طالق انت طالق بانت عنه بالأولى وبطل الطلاق الثاني والثالث بلا خلاف ـ فان قال ذلك للمدخول بها لا يقع الا الطلاق الاول دون الثاني والثالث لان طلاق الطالق لا يصح فان تخللت المراجعة صح [٤] .

---

(١) الاستبصار ٢٦٨/٣ وجاء مثل ذلك في التهذيب ٢٥٧/٢ .
(٢) جواهر الكلام ٢٨٩/٥ .
(٣) السرائر ٣٣٨ .
(٤) (ان قول المؤلف بلا خلاف لغير المدخول بها وعدم قوله ذلك للمدخول بها لا يعني اختلاف الحالين ففي كلا الامرين لاخلاف بالوقوع طلقة واحدة وانما فرق بين الحالتين ليذكر حكم المراجعة بالمدخول بها دون غير المدخول بها) .

وأذكر حكماً أجمع عليه فقهاء الامامية انه اذا كان المطلق يعتقد وقوع الثلاث ألزم بها .

قال صاحب جواهر الكلام [1] لو كان المطلق مخالفاً يعتقد الثلاث لزمته لان ذلك دينه . ثم أورد أمثلة كثيرة تدل على ترك الناس وما يدينون حتى قال : الى غير ذلك من النصوص الدالة على التوسعة لنا في أمرهم وأمر غيرهم من أهل الاديان الباطلة ....

وقال في السرائر [2] — وأجمع أصحابنا أن المطلق اذا كان يعتقد وقوع الثلاث ، وقعت ولزمه ذلك [3] .

وأرى من واجبي أن أشير الى نص آخر وجدته في جواهر الكلام يتصل بموضوعي والذي استرعى انتباهي ما علق به علماؤهم من فقهاء ومحدثين :

جاء في جواهر الكلام [4] — في خبر الصيرفي عن جعفر عن أبيه ان علياً كان يقول اذا طلق الرجل المرأة قبل ان يدخل بها ثلاثاً في كلمة واحدة فقد بانت منه ولا ميراث بينهما ولا رجعة ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره .

وان قال هي طالق هي طالق فقد بانت منه بالأولى وهو خاطب من الخطاب ان شاءت نكحته نكاحاً جديداً وان شاءت لم تفعل .

وقد قال صاحب جواهر الكلام : محمول صدره على التقية [5] .

---

(١) جواهر الكلام ٥/٢٥٩

(٢) السرائر ٣٤٠ .

(٣) وجدت نصاً في فتح القدير في الفقه الحنفي : ٣/٢٦
لو حكم حاكم بأن الثلاث بضم واحد واحدة لم ينفذ حكمه لانه لا يسوغ الاجتهاد فيه فهو خلاف لا اختلاف .

(٤) جواهر الكلام المصدر السابق .

(٥) التقية كما عرفها العلامة المظفري « أن التقية من الوقاية ، فهي جنة تدرأ بها المخاوف والاخطار » وهي مبدأ انفرد به اخواننا الجعفرية ، وسبب هذه العقيدة ما نشأ في العصر الأموي من خلافات بين المسلمين أدت إلى تستر الشيعة وإخفاء آرائهم وأشخاصهم عن بقية الناس خشية الظلم والاضطهاد . راجع أصل الشيعة ص ١٩٣ .

وبحثت عن هذا الحديث في كتب الحديث لدى الامامية فوجدته في الاستبصار [١] والتهذيب [٢] وقد علق عليه الطوسي في الاستبصار بقوله : هذا الخبر موافق للعامة لسنا نعمل به [٣] .

اني اسوق هذا النص الى أئمة اخواننا الجعفرية لعلهم يعودون الى تصحيح مؤلفات فقهائهم من هذه الأمور التي كتبت في عصور مضت لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت ...

أقول هذا وكلي أمل ان تجد هذه الصيحة الآذان الصاغية ولا اذيع سرا اذا قلت ان مثل هذه التعليقات قل ان يخلو منها مؤلف من مؤلفاتهم [٤] .

واذا كان سبب هذه الأمور هو مبدأ التقيه التي نشأت في العصر الأموي ، فلم يعد اليوم من مبرر لانتشار هذا المبدأ وسريانه ، حتى في المؤلفات الفقهية العلمية التي يجب ان تكون بعيدة عن الشبهات [٥] .

انتهينا من تحقيقنا على ان مذهب الامامية في الطلقات الثلاث المتكررة لا يقع الا واحدة دون خلاف ، أما اذا كان الطلاق بلفظ الثلاث فقال جمهورهم ايضاً لا يقع الا واحدة ، وقال بعض فقهائهم ان الطلاق اذا اقترن بلفظ يدل على أكثر من واحدة فلا يقع به شيء .

---

(١) الاستبصار ٢٨٧/٣ التهذيب ٢٦٤/٢ .

(٢) التهذيب ٢٦٤/٢ .

(٣) يقصد بالعامة أي جميع المذاهب الاسلامية ما عدا الجعفرية .

(٤) ومن الغريب أن نجد أحد كبار الشيعة الجعفرية المعاصرين وهو الشيخ محمد جواد مغنيه يقول في كتابه الاحوال الشخصية ص ١٣٢ ط ١٩٦٤ وتحت عنوان اذا طلق السني زوجته الشيعية « لقد جمع الامامية كلمة واحدة على الزام كل طائفة بما تدين – وقد جاء عن ابي حنيفة أن الأصل أن يترك أهل الذمة على ما يعتقدون – وقد ثبتت الرواية على أئمة أهل البيت : الزموهم من ذلك ما الزموا أنفسهم . وفي رواية : من دان بدين قوم لزمته أحكامهم » .
فهل السني له دين غير دين الشيعي وهل يعامل كالذمي لديكم يا فقهاء الشيعة ؟ ...

(٥) يقول فضيلة الاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه الامام الصادق ص ٢٤٥ . (أما وقد زال التعرض للظلم اذا نطق المتشيع بتشيعه واعلنه من غير مواربة ولا تستر فهل يكون للتقية موضع ؟ ... إني أعتقد أنها أصبحت غير ذات موضع ، فلا ظلم ولا تعرض بظلم في الجهر بالتشيع ، ولا يصح أن تكون التقية لاخفاء الاحكام ومنعها ، فان ذاك ليس موضوع التقية ، وليس صالحاً لأن يتسمى بها ، بل له اسم آخر ، وهو كتمان العلم ، ويوصف معتنقه بوصف لا يوصف به المؤمنون»

مذهب الزيدية في الطلاق الثلاث

وذهب الزيدية الى ان الطلاق اذا اقترن بعدد فلا يقع الا واحدة ، لان الطلاق لا يتبع الطلاق عندهم وقد صرحت كتبهم بذلك .

قال في البحر الزخار [1] — والطلاق لا يتبع الطلاق حتى تخلل رجعة او عقد فان ثلث او ثني بلفظ واحد او الفاظ لم تقع الا واحدة .

وجاء في المنتزع المختار [2] — لا يتوالى متعدده اي فلا يقع طلقتان الا وبينهما رجعة او عقد سواء أكان بلفظ واحد نحو أنت طالق ثلاثاً او الفاظ نحو انت طالق انت طالق فأنه لا يقع الا طلقة واحدة في الصورتين جميعاً .

ويذهب استاذنا فضيلة الشيخ علي الخفيف الى أن مذهب جمهور الزيدية كمذهب جمهور الفقهاء الذين قالوا بوقوع ما أوقعه الزوج من الطلاق ، فمن طلق ثلاثاً او اثنتين بلفظ واحد وقع ما اوقعه الزوج من ذلك [3] .

ويقول ايضاً استاذنا فضيلة الشيخ محمد الزفزاف [4] ان رأى جمهور الزيدية كجمهور الفقهاء ، انه يقع كما يتلفظ به الزوج ، فمن طلق اثنتين او ثلاثاً بلفظ واحد ، او الفاظ متفرقة ، في مجلس واحد ، او في مجالس متعددة ، في عدة واحدة دون ان يراجع بين كل طلقتين يقع الطلاق كما أوقعه من عدد .

ويبدو لي ان سبب ما ذهب اليه اساتذتنا الاجلاء عبارة غير محررة في المنتزع المختار [5] جاء فيها : « وأما الصورة الثانية وهي أنت طالق أنت طالق فهذا قول الهادي اعني انها تكون تطليقة واحدة لان الطلاق عنده لا يتبع الطلاق سواء كانت مدخولا بها ، ام لا وهو قول الناصر » .

---

(١) البحر الزخار ٣/١٧٤ .
(٢) المنتزع المختار ٢/٤٥٣ .
(٣) فرق الزواج ص ٣٦ .
(٤) فقه القرآن والسنة ص ٩٢ .
(٥) المنتزع المختار . المصدر السابق .

وهذه العبارة توهم ان الطلاق المتتابع يختلف عن الطلاق الثلاث جملة واحدة وان هناك اختلافاً بين الصورتين ، وقال بعدم الوقوع الهادي والناصر .

ولكنني تتبعت الموضوع فرجعت الى كتاب التاج المذهب في أحكام المذهب فوجدته واضحاً فيما ذكرته فقد جاء فيه [1] : « لو طلقها أكثر من واحدة وسواء كانتا اثنتين أم أكثر بلفظ واحد نحو أنت طالق ثلاثاً او بألفاظ نحو أنت طالق انت طالق فانه لا يقع الا طلقة واحدة لان الطلاق عندنا لا يتبع الطلاق في الصورتين معا » .

أما الصورة الأولى : وهي انت طالق ثلاثا فالمذهب انها واحده . وهو قول كثير من العلماء .

وأما الصورة الثانية : وهي أنت طالق انت طالق فقول الامام الهادي واحد وقول الناصر انها تكون طلقة واحدة لان الطلاق عندهما لا يتبع الطلاق ، اذ الثاني واقع على غير محله فلم يتصف لابسنة ولا ببدعة سواء أكانت المطلقة مدخولا بها ام لا في مجلس واحد ام في مجالس . وهو المختار للمذهب .

من قال بهذا المذهب من فقهاء المذاهب الاخرى .

يحدثنا ابن القيم فيقول [2] : ان ابن مغيث المالكي روى هذا المذهب في كتاب الوثائق وهو مشهور عند المالكية عن بضعة عشر من فقهاء طليطلة المفتين على مذهب مالك — هكذا قال — واحتج لهم بأن قوله : انت طالق ثلاثا : كذب لأنه لم يطلق ثلاثا ولم يطلق الا واحدة كما لو قال : حلفت ثلاثا ، وكانت يمينا واحدة .

والذي فهمته من هذا النص ان حجة عدم الوقوع هي لابن مغيث ولكن بالرجوع الى القرطبي في تفسيره [3] وهو من فقهاء المالكية وأعلم بابن مغيث وكتبهمن غيره ، وجدت ان هذه الحجة ليست لابن مغيث ، انما جاء ذكرها عن ابن عباس في معرض استشهاده برأيه .

---

(١) التاج المذهب ٢/١٩٩ .
(٢) اغاثة اللهفان ٣/٣٢٦ .
(٣) أحكام القرآن ٣/١٣٢ .

قال القرطبي : ذكر أحمد بن مغيث الطليطلي هذه المسألة في وثائقه فقال : الطلاق ينقسم على ضربين : طلاق سنة وطلاق بدعة ، فطلاق السنة هو الواقع على الوجه الذي ندب المشرع اليه . وطلاق البدعة نقيضه ، وهو ان يطلقها في حيض او نفاس او ثلاثاً في كلمة واحدة ، فان فعل ذلك لزمه الطلاق ثم اختلف اهل العلم بعد اجماعهم [1] — على انه مطلق ، كم يلزمه من الطلاق فقال علي بن أبي طالب وابن مسعود يلزمه طلقة واحدة ، وقاله ابن عباس ، وقال [2] : قوله ثلاثاً لا معنى له لأنه لم يطلق ثلاث مرات وانما يجوز قوله في ثلاث ، اذا كان مخبراً عما مضى فيقول : طلقت ثلاثاً فيكون مخبراً عن ثلاثة افعال كانت منه في ثلاث اوقات ، كرجل قال : قرأت امس سورة كذا ، ثلاث مرات فذلك يصح ، ولو قرأها مرة واحدة فقال : قرأتها ثلاث مرات كان كاذباً.

وكذلك لو حلف بالله ثلاثاً يردد الحلف كانت ثلاث ايمان ، وأما لو حلف فقال أحلف بالله ثلاثاً لم يكن حلف الا يميناً واحدة والطلاق مثله .

وقاله الزبير بن العوام وعبد الرحمن بن عوف .

وروينا ذلك كله عن ابن وضاح [3] — وبه قال من شيوخ قرطبة ابن زنباع شيخ هدي ومحمد بن تقي بن مخلد ومحمد بن عبد السلام الحسني فريد وقته وفقيه عصره واصبغ بن الحباب وجماعة سواهم [4] .

---

(١) أحب أن أشير هنا إلى أن أقول ابن مغيث اجماعهم لا يعني عدم المخالف لاننا وجدنا بعض من يقول أن الطلاق البدعي من حيث العدد لا يقع .

(٢) قوله قال يعني بذلك ابن عباس بدليل تتمة كلامه الذي سيأتي حيث يقول وروينا ذلك كله عن ابن وضاح فابن القيم على ما يظهر لي أرجع ضمير قال لابن مغيث ومن الغريب أن هذا النص الذي نقلته عن القرطبي نقله ابن القيم بعد صفحات نقلا عن أبي الوليد هشام بن عبد الله وهذا ما سبب له هذا الاضطراب في الفهم فالتبس عليه قوله قال وان أبا الوليد أشار بقوله إلى ابن مغيث لا أن ابن مغيث أشار بقوله إلى ابن عباس .

(٣) ابن وضاح : الامام محمد بن وضاح الذي يأخذ عن طبقة أحمد بن حنبل وابن أبي شيبة ويحيى بن معين وابن سعيد وطبقتهم فتاوى إبن تيمية ١٧/٣ .

(٤) بعد كتابة هذا البحث اطلعت على فلم مصور لكتاب ابن مغيث نقله معهد المخطوطات في الجامعة العربية عن مكتبة الاسكوريال في أسبانيا . وهو موجود برقم ٣٥ فقه مالكي. فصح لي ما ذكرته والحمد لله .

وقال ابن تيمية [١] ـ وقد ذكره التلمساني رواية عن مالك وهو قول محمد ابـــن مقاتل الرازي من أئمة الحنفية حكاه عنه المازري وغيره ، وقد ذكر هذا رواية عـــن مالك .

وقال ابن تيمية : وكان يفتي بذلك احياناً الشيخ ابو البركات ابن تيمية [٢] .

ولكني لم أجد في المحرر وهو من كتب الشيخ ابو البركات ما ذكره ابن تيمية بل ذهب كالجمهور في المسألة . ومع هذا فان ابن تيمية قال أنه كان يفتي به أحياناً . وكل الذين نقلوا رأي أبي البركات بذلك نقلوه عن ابن تيمية لا عن مصدر آخر . فقد جاء في الجمع بين الاقناع والمنتهى [٣] ـ

وأوقع الشيخ (ابن تيمية) من ثلاث طلقات مجموعة ، او متفرقة قبل رجعة طلقة واحدة ، وقال ، لا نعلم أحداً فرق بين الصورتين [٤] ، وكان المجد يفتي به أحياناً .

أما ما جاء في المحرر [٥] ـ اذا قال لمدخول بها : انت طالق أنت طالق طلقت ثلاثاً ، الا أن ينوي بالتكرار تأكيداً او افهامها فيقبل .

ويعد ابن تيمية اول من قال بهذا الرأي في المذهب الحنبلي ودافع عنه بحجج قوية وتبعه بعض فقهاء الحنابلة ، أشهرهم تلميذه ابن القيم .

غير ان بعض تلامذة ابن تيمية خالفوه بذلك كالحافظ ابن رجب رغم انه كان من أشد اتباع الحنابلة لابن القيم وابن تيمية ، ومع هذا فقد رد على من قال بوقوع الثلاث واحدة في كتاب سماه : بيان مشكل الاحاديث الواردة في أن الطلاق الثلاث واحدة .

---

(١) فتاوى ابن تيمية ٣/١٧ .

(٢) جاء في ترجمة حياة المجد ابن تيمية في طبقات الحنا بلة للشيخ زين الدين ابن عبد الرحمن رجب الحنبلي كما جاء في مقدمة المحرر ١/١٤ .

(٣) الجمع بين الاقناع والمنتهي ٣/١٣ .

(٤) قول ابن تيمية لا نعرف احداً فرق بين الصورتين غير دقيق فان كثيراً من الفقهاء فرقوا بين الصورتين وفي المذهب الزيدي خلاف بين مذهب الناصر وغيره في هذا الموضوع وكذلك في المذهب الجعفري كما ذكرنا .

(٥) المحرر ٢/٥٦ .

وفي المكتبة الظاهرية في دمشق كثير من مخطوطات فقهاء الحنابلة المتأخرين والمتقدمين خالفوا فيها مذهب ابن تيمية بعنف وشدة .

قال الحافظ جمال الدين عبد الهادي الحنبلي في كتابه المخطوط في المكتبة الظاهرية تحت رقم ٩٩ قسم المجاميع عنوانه : السير الحاث الى علم الطلاق الثلاث [١] .

يقول : الطلاق الثلاث يقع ثلاثاً هذا هو الصحيح من المذهب ولاتحل حتى تنكح زوجاً غيره ، وهذا القول مجزوم به في أكثر كتب الامام أحمد .

وذكر اسحاق بن منصور شيخ الترمذي في مسائله عن أحمد وهي مخطوطة في المكتبة الظاهرية بدمشق تحت رقم ٨٣ فقه الحنابلة رواية عن أحمد لمن سأله عن حديث ابن عباس بأي شيء ترده قال : برواية الناس عن ابن عباس انها ثلاث [٢] .

* * * *

وقال ابن حجر [٣] — ومن القائلين بالتحريم واللزوم من قال اذا طلق ثلاثا مجموعة وقعت واحدة وهو قول محمد بن اسحاق صاحب المغازي .

وقال النووي [٤] — وقال طاووس وبعض أهل الظاهر لا يقع بذلك الا واحدة وهو رواية عن الحجاج بن ارطأة ومحمد بن اسحق .

وقال ابن القيم ان هذا مذهب أهل الظاهر داود وأصحابه ، وذنبهم عند كثير من الناس : أخذهم بكتاب ربهم ، ونبذهم القياس وراء ظهورهم ، فلم يعيثوا به شيئاً وخالفهم محمد بن حزم في ذلك ، فأباح جمع الثلاث اذا أوقعها .

وقال ابن القيم : وممن حكى الخلاف حتى عن المالكية أنفسهم في هذه المسألة أبو الحسن علي بن عبد الله بن ابراهيم اللخمى المشطى صاحب كتاب الوثائق الكبير الذي لم

---

(١) مخطوط في المكتبة الظاهرية بدمشق تحت رقم ٩٩ قسم المجاميع .
(٢) مخطوط في المكتبة الظاهرية بدمشق تحت رقم ٨٣ فقه الحنابلة .
(٣) الباري ٢٩٧/٩
(٤) صحيح مسلم شرح النووي ٧٠/١٧ .

يصنف في الوثائق مثله [١] .

وممن قال بهذا المذهب الشوكاني فقال في تفسير قوله تعالى الطلاق مرتان في فتح القدير [٢] : وقد اختلف أهل العلم في ارسال الثلاث دفعة واحدة هل يقع ثلاثا او واحدة فقط فذهب الى الاول الجمهور وذهب الى الثاني من عداهم وهو الحق .

ونقل القرطبي عن ابن مغيث [٣] : وقد يخرج بالقياس من غير مسألة من المدونة [٤] ما يدل على ذلك، من ذلك قول الانسان: ما لي صدقة في المساكين ان الثلث يجزيه من ذلك.

وكأني ألمح من عبارة لابن رشد انه يميل الى هذا المذهب ، حيث يقول في بداية المجتهد [٥] : « وكأن الجمهور غلبوا حكم التغليظ في الطلاق سدا للذريعة ولكن تبطل بذلك الرخصة الشرعية والرفق المقصود في ذلك أعني في قوله تعالى : لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا . »

---

(١) اغاثة اللهفان ٣٢٩/١ .
(٢) فتح القدير ٢١٢/١ .
(٣) تفسير القرطبي ١٣٣/٣ .
(٤) جاء في اغاثة اللهفان و هو ينقل رأي ابن مغيث خطأ في لفظ المدونة فذكرها من الديانة فلتصحح .
(٥) بداية المجتهد ٣٧/٢ .

المذهب الثالث

مذهب الجمهور

قال جمهور الفقهاء: يقع الطلاق المقترن بلفظ الثلاث او المتكرر كما اوقعه الزوج .

جاء في تفسير القرطبي [1] : واتفق ائمة الفتوى على لزوم ايقاع الطلاق الثلاث في كلمة واحدة .

وقال القدوري [2] ــ وطلاق البدعة ... فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وبانت منه وكان عاصياً .

وقبل ان نأتي بأدلة من قال لا يقع الطلاق المتعدد او المتكرر إلا طلقة واحدة ، وأدلة الجمهور ، سوف انقل نصين لعالمين جليلين من كبار فقهاء الاحناف والمالكية .

قال الجصاص [3] ــ ولولا قيام الادلة في اباحة ايقاع الثلاث في وقت السنة ، وايقاع الواحدة لغير المدخول بها لاقتضت الآية حظره .

وقال ابن العربي [4] « وقد كنا نقول بان غيره ليس بمشروع ، لولا تظاهر الاخبار والاثار ، وانعقاد الاجماع من الأمة بأن من طلق طلقتين او ثلاثاً ان ذلك لازم له».

والذي أفهمه من هذين النصين ان سبب الخلاف في الطلاق الثلاث ليس منشأه ما جاء في القرآن الكريم ، لأنه صريح بما فيه بل بما ورد في السنة الكريمة ، وأقوال الصحابة . ولهذا سوف اعتمد في حجج الطرفين على ما جاء في السنة وفي أقوال الصحابة .

---

(١) تفسير القرطبي ١٢٩/٣ .
(٢) متن القدوري ٣١/٢ .
(٣) أحكام القرآن للجصاص .
(٤) أحكام القرآن لابن العربي .

المطلب الثالث ـ ادلة من قال لا يقع الطلاق الا واحدة

استدل اصحاب هذا المذهب على ان الطلاق المتتابع او المقترن بعدد لا يقع الا واحدة بالادلة التالية :

١ ـ الاحاديث التي صحت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

٢ ـ اقوال بعض الصحابة والتابعين .

اولا ـ الاحاديث

أ ـ حديث ابن عباس [١]

روى طاوس عن ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر ، طلاق الثلاث واحدة ، فقال عمر : ان الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه اناة فلو امضيناه عليهم [٢] .

وفي رواية : عن طاوس ، ان أبا الصهباء قال لابن عباس هات من هناتك ألم يكن طلاق الثلاث على عهد رسول الله وأبي بكر واحدة قال : قد كان ذلك ، فلما كان في عهد عمر تتابع الناس في الطلاق فأجازه عليهم [٣] .

---

(١) عبد الله بن عباس بن عبد المطلب . ولد قبل الهجرة بسنتين . كان من كبار فقهاء الصحابة . اشتهر بالفتوى والتفسير وقد دعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يفقهه في الدين . توفي في الطائف سنة ٦٨ هـ .

(٢) صحيح مسلم شرح النووي ٦٩/١٠ .

(٣) المصدر السابق ٧٢/١٠ .

وعن ابي جريج أخبرني ابن طاوس عن أبيه أن أبا الصهباء قال لابن عباس أتعلم انما كانت الثلاث تجعل واحدة على عهد النبي وأبي بكر وثلاثاً من أمارة عمر فقال ابن عباس : نعم .

وفي رواية : عن طاووس ان رجلا يقال له ابو الصهباء كان كثير السؤال لابن عباس : أما علمت أن الرجل كان اذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله وأبي بكر وصدراً من خلافة عمر ، قال ابن عباس : بلى كان الرجل اذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله وأبي بكر وصدرا من امارة عمر فلما رأى الناس قد تتابعوا فيها ، قال : اجيزوهن عليهم [1] .

وقد روى ابن حجر هذه الروايات في الفتح الباري [2] وقد أوردتها لان هذا الحديث هو أصل الخلاف في موضوع الطلاق الثلاث ، وقد تكلم به الفقهاء والمحدثون كثيراً ، وأستعجل القول فأقول ان أكثر الذين عارضوه وخالفوه اعترفوا بصحته فقد قال الامام أحمد حينما سئل عن هذا الحديث بأي شيء تدفعه ؟ ... قال : برواية الناس عن ابن عباس على وجوه خلافه .

فلم يقل الامام احمد ان الحديث غير صحيح ولكنه لم يعمل بالحديث لروايات اخرى صحت لديه عن ابن عباس تخالف هذا الحديث .

ويمكننا ان نرد أقوال العلماء في هذا الحديث الى أربعة أمور :

١ ــ من العلماء من رد هذا الحديث بفتوى ابن عباس نفسه بوقوع الثلاث ، فقالوا ان الفتوى دليل رجوع ابن عباس او ظهور ناسخ لديه .

٢ ــ ومنهم من قال : ليس في الحديث ما يشير الى أن هذا كان بإقرار النبي أو فعله فلا حجة فيه .

---

(١) أعلام الموقعين ٣/٤٢ .

وهناك رواية في إغاثة اللهفان ١/٢٨٧ عن ابن عباس . اذا قال انت طالق ثلاثاً بفم واحد ، فهي واحدة .

(٢) الفتح الباري ٩/٢٩٦ .

٣ ــ وقال بعضهم ان حديث ابن عباس روى بروايات مختلفة ، وبألفاظ عدة فهو مضطرب لا يصح الاستدلال به .

٤ ــ وفريق رابع اعترف بصحة الحديث ولكن لم يعمل به لأنه ذهب بتأويله وتفسيره مذاهب شتى .

١ ــ فتوى ابن عباس

عن مجاهد قال : كنت عند ابن عباس فجاءه رجل فقال انه طلق امرأته ثلاثاً ، فسكت حتى ظننت انه رادها اليه ، ثم قال : ينطلق احدكم فيركب الحموقة ثم يقول : يا ابن عباس ... وان الله قال : ومن يتق الله يجعل له مخرجا . وانك لم تتق الله فلم أجد لك مخرجا عصيت ربك فبانت منك امرأتك [1] .

قالوا هذه فتوى ابن عباس صريحة بدلالتها على وقوع الطلاق الثلاث ، فمن طلق امرأته بانت منه ، وحرمت عليه وعصى الله فيما فعل .

* * *

مناقشة فتوى ابن عباس :

سنناقش فتوى ابن عباس من ثلاثة وجوه :

١) هل صحيح ان ابن عباس افتى بخلاف روايته .

٢) وهل يجوز للصحابي ان يفتي بخلاف روايته .

٣) ثم اذا افتى الصحابي بخلاف روايته هل يؤخذ بفتواه ام بروايته ؟ ..

اولاً ــ اما من حيث صحة فتوى ابن عباس بالوقوع :

فقد رواها عنه مجاهد ، وسعيد بن جبير وعطاء بن أبي رباح ، وعمرو بن دينار ،

---

(١) الفتح الباري ٢٩٧/٩ ، نيل الاوطار ٢٢٩/٦ .

ومالك بن الحويرث ، ومحمد بن اياس البكير ، وغيرهم وقالوا جميعاً ان ابن عباس الزم الثلاث من أوقعها جملة .

ولهذا فاننا نقول ان فتواه بالوقوع صحيحة عنه ، لا شك فيها ، حتى ان ابن القيم وهو ممن يقول بوقوع الثلاث واحدة ، ومن أشد أنصار هذا المذهب قال في إغاثة اللهفان بعد أن أورد حجج القائلين بعدم الوقوع : ونحن لا نشك ان ابن عباس صح عنه خلاف ذلك ، وانها ثلاث [١] .

ويقول ابن القيم في محل آخر في الاغاثة [٢] : وعن ابن عباس روايتان : احداهما : موافقة لرأي عمر رضي الله عنه تأديباً وتعزيراً للمطلقين .

والثانية : الافتاء بموجبه .

ففتوى ابن عباس صحيحة غير انه قد روى عنه فتوى أخرى بعدم الوقوع ، ربما كانت أكثر صراحة ، وهي ما رواه عنه ابو الصهباء ، وهي لا تحتمل التأويل الذي أول به البعض رواية مجاهد ، وقد روى عكرمة ايضاً ان ابن عباس كان يفتي بالواحدة [٣] .

وبهذا يصبح لدينا فتوى ابن عباس التي رواها ابو الصهباء وهي صريحة بعدم الوقوع ثلاثاً ، وروايته عن النبي صلى الله عليه وسلم وكلاهما يدلان على أن من اوقع الثلاث جملة لا تقع الا واحدة ، والى جانب ذلك فتوى رواها مجاهد ، فنرجح الفتوى الاولى لموافقتها الرواية ونقول : من طلق امرأته ثلاثاً جملة فلا تقع الا طلقة واحدة .

ثانياً : هل يجوز للصحابي ان يفتي بخلاف روايته :

وأما هل يجوز للصحابي ان يفتي بخلاف روايته ...؟ قالوا : ان الاحتمالات المسوغة لترك الرواية والعدول الى الرأي كثيرة ، منها ظهور دليل لدى الراوي كنسخ مثلا اطلع عليه ، ولم ينقل الينا فعدل عن روايته وافتى بخلافها ، وقد يخالف الراوي فيفتي

---

(١) إغاثة اللهفان ١/٣٢٤ .
(٢) تفسير القرطبي ٣/١٢٩ .
(٣) أغاثة اللهفان ١/١٨٧ .

بخلاف ما رواه لنسيانه ، او لعدم فهم الاستفتاء مثلا ، وعلى كل حال فقد ثبت عن صحابة رسول الله انهم أفتوا بخلاف رواياتهم .

ثالثاً : مخالفة الراوي روايته بفتواه .

هذا بحث أصولي – مخالفة الراوي لروايته – تناوله الاصوليون في جميع كتبهم وهو أن الصحابي اذا خالف روايته بفتواه كما لو روى رواية بموضوع معين في شكل ما ، ثم أفتى بخلاف ما روى ، هل نأخذ بروايته التي رواها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ام نأخذ بفتواه ، التي أفتى بها بعد تلك الرواية ؟ .

المشهور عند الشافعي انه يؤخذ برواية الراوي لا بفتواه . وعند الاحناف يؤخذ بفتواه دون روايته . وعند احمد قولان المشهور عنده الاخذ بالرواية دون الفتوى ، وها نحن نأتي بشواهد أخذ بها الأئمة برواية ابن عباس نفسه وتركوا فتواه [1] :

أخذ الجمهور برواية ابن عباس في بيع الأمة ولم يأخذوا بفتواه .

فقد روى ابن عباس في حديث بريرة [2] : ان بيع الامة ليس طلاقا لهالان رسول الله صلى الله عليه وسلم خيرها ولو انفسخ النكاح ببيعها لم يخيرها ، مع ان مذهب ابن عباس خلاف ذلك وهو ان بيع الامة طلاقها [3] .

---

(١) جاء في قواعد الحديث ص ٧٠ :
ولا يضر الخبر الصحيح عمل أكثر الأمة بخلافه. ولا يضره عمل الراوي له بخلافه ، خلافاً لجمهور الحنفية والمالكية لأنا متعبدون بما بلغ الينا من الخبر ولم نتعبد بما فهمه الراوي ، ولم يأت من قدم عمل الراوي على روايته بحجة تصلح للاستدلال بها .

(٢) خبر بريرة : بريرة ؛ هي أمة اشترتها السيدة عائشة ثم أعتقتها وجعلت ولاءها لها جاء في صحيح البخاري ٣٣٦/٩ في باب خيار الأمة تحت العبد عن ابن عباس ؛ أن زوج بريرة كان عبداً أسود يقال له مغيث ، كأني أنظر اليه يطوف خلفها يبكي ودموعه تسيل على لحيته . فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعباس : يا عباس الا تعجب من حب مغيث بريرة ومن بغض بريرة مغيثاً ؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم : لو راجعته ؟ ... قالت يا رسول الله أتأمرني ؟ . قال : إنما أنا أشفع . قالت ؛ فلا حاجة لي فيه .

(٣) إغاثة اللهفان ٢٢٢/١ . ذهب ابن عباس إلى أن بيع الأمة طلاقها واحتج بظاهر القرآن وهو قوله تعالى : « والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم » فأباح وطء مملوكته ، ولو كان النكاح باقياً لم ينفسخ ولم يبح وطأها .

وقد أخذ الحنفية ايضاً برواية ابن عباس في طلاق المكره ولم يأخذوا بفتواه. فقد روى ابن عباس كل الطلاق جائز الا طلاق المعتوه فقالوا بوقوع طلاق المكره . مع ان ابن عباس أفتى انه ليس لمكره ولا مضطهد طلاق فهم قد أخذوا بروايته وتركوا فتواه .

وأخذ الحنفية والحنابلة بحديث علي وابن عباس: صلاة الوسطى صلاة العصر وقد ثبت عن علي وابن عباس انها صلاة الصبح .

وأخذ الأئمة الاربعة وغيرهم بخبر عائشة في التحريم بلبن الفحل [1] وقد صح عنها خلافه وأنه كان يدخل عليها من ارضعته بنات اخوتها ولا يدخل عليها من أرضعته نساء اخوتها .

قال ابن حجر في الفتح في باب الخلع [2] بعد أن ذكر ان ابن عباس خالف روايته التي رواها ان الخلع طلاق ، ثم أفتى بأن الخلع فسخ ، قال : وفي الحديث ان الصحابي اذا افتى بخلاف ما روى ان المعتبر ما رواه لا ما رآه ، لان ابن عباس روى قصة امرأة ثابت بن قيس الدالة على ان الخلع طلاق ، وكان يفتي بأن الخلع ليس بطلاق .

قال ابن القيم في اعلام الموقعين [3]

« والذي ندين الله به ولا يسعنا غيره : ان الحديث اذا صح عن رسول الله ولم يصح عنه حديث آخر ينسخه ان الفرض علينا وعلى الامة الاخذ بحديثه ، وترك كل ما خالفه ، لا نتركه لخلاف أحد من الناس كائنا من كان راويه . اذ من الممكن ان ينسى الراوي الحديث ولا يحضره وقت الفتيا ، او لا يتفطن لدلالته على تلك المسألة او يتأول فيه تأويلا

(١) لبن الفحل نسبة اللبن إلى الرجل . من المسائل الخلافية بين الفقهاء وهي حين ترضع المرأة طفلا بحيث يصبح ابنها في الرضاعة فهل تمتد هذه الحرمة إلى زوجها فيحرم عليه ما يحرم على زوجته .
قال جمهور الفقهاء : اذا أرضعت الزوجة طفلا حرم على زوجها فلو أرضعت بنتاً مثلا فانها تحرم على أقاربه ، فتحرم على أخيه لأنها أصبحت ابنة أخيه ...
وخالف ذلك بعض الفقهاء فقالوا إن الحرمة خاصة بالمرأة .
راجع الاحوال الشخصية للدكتور السباعي ص١١١ ،والزواج والطلاق للمؤلف الجزء الأول ص١٢٨ .
(٢) فتح الباري ٣٢/٩ .
(٣) أعلام الموقعين ٥٢/٣ .

اذا طلق امرأته ثلاثاً قبل ان يدخل بها جعلوها واحدة . وتارة روي ألم يكن الطلاق الثلاث على عهد رسول الله وأبي بكر وصدرا من خلافة عمر واحدة .

ومضطرب من جهة الاسناد فتارة يروى عن طاوس عن ابن عباس وتارة عن طاوس عن أبي الصهباء [1] .

٣ ــ ولقد انفرد ابن عباس برواية هذا الحديث فهو شاذ غير معتبر . فلم ينقل الينا أحد من صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم رواية أو حكما أو فتوى غير ما نقله ابن عباس فدل انفراده بهذه الرواية على عدم صحتها .

وقد نقل صاحب سبل السلام عن القرطبي [2] ــ « ان هذا الحكم منقول عن جميع أهل ذلك العصر والعادة تقتضي ان يظهر ذلك وينتشر ولا ينفرد به ابن عباس فهذا يقتضي التوقف عن العمل بظاهره اذا لم يقتض القطع ببطلانه .

٤ ــ وحتى ان جميع من نقلوا عن ابن عباس فقد نقلوا رواياته وفتاواه بالوقوع ثلاثاً ، ولم ينفرد الا طاوس براوية الوقوع واحدة ، فهذا يدل على ترجيح من نقل عنه روايات الوقوع لأنها موافقة للجمهور .

الجواب على من طعن بحديث ابن عباس :

١ ــ أما قولهم ان البخاري لم يرو هذا الحديث فالجواب على ذلك ان غير البخاري من أئمة الحديث قد رووه في كتبهم الصحيحة فقد رواه مسلم وأحمد . وقد سئل عنه أحمد بأي شيء ترده ؟ فقال برواية الناس عن ابن عباس خلافه . ولم يطعن بالحديث انما رجح الروايات المخالفة عليه لموافقتها الجمهور كما ذكرنا .

ثم هل جميع الاحاديث الصحيحة هي التي رواها البخاري فقط ؟ ... لقد جمع البخاري أحاديث صحيحة لم يذكرها في كتاب خاص سماه الجامع المختصر الصحيح [3] .

---

(١) قال القرطبي ١٢٩/٣ بعد أن ذكر من نقل فتوى ابن عباس بوقوع الثلاث : وفيما رواه هؤلاء الأئمة عن ابن عباس بما يوافق الجماعة ما يدل على وهن رواية طاوس وغيره .

(٢) سبل السلام ٢٣٠/٣ .

(٣) إغاثة اللهفان ٢٩٤/١

وقال ابن حجر[1] اتفق العلماء على وجوب العمل بكل ماصح ، ولو لم يخرجه الشيخان :

بل اني وجدت في صحيح البخاري عنوانا للطلاق يقول : باب من جوز ايقاع الثلاث ـ فهذا يدل على ان البخاري كان يعلم ان بالأمر خلافاً والا لم يقل باب من جوز ايقاع الثلاث .

٢ ـ وأما اختلاف الروايات فلا خلاف في أنه روي عن ابن عباس روايتان احداهما قبل الدخول والثانية بعد الدخول ولا تعارض بين الروايتين فانه يمكن القول بأن السؤال بالمرة الأولى كان في حق البكر والثانية في حق الثيب . كما ان الرواية الاخرى لا تعارض الثانية اذ هي جزء منها .

وأما من جهة الاختلاف في السند فاسناد الحديث صحيح جدا فقد حدث به عبد الرزاق وغيره عن ابن جريج عن ابن طاوس عن أبيه . وطاوس اقرب الناس الى ابن عباس .

٣ ـ وقولهم : ان هذا الحديث لم يروه الا ابن عباس وحده فهو شاذ ـ فان الشاذ كما عرفه الشافعي بقوله : ـ « وليس الشاذ ان ينفرد الثقة برواية الحديث بل الشاذ ان يروى خلاف ما رواه الثقات » .

وفي رأيي ان عدم رواية هذا الحديث الا من ابن عباس تثير شيئاً من الدهشة ، لا شكاً برواية ابن عباس ، فلم يشك أحد في هذا الصحابي الجليل ، انما الا يعتبر سكوت الصحابة او عدم علمهم في موضوع يتصل بكل أسرة ويحتاج اليه كل بيت ضم زوجاً وزوجة محلاً للتساؤل : لماذا لم يرو هذا الحديث أحد سوى ابن عباس ؟ .

يقول رجال الحديث ان الزهري انفرد بنحو ستين سنة . وقال الصنعاني [2] كم من سنة انفرد بها راو ولا يضر ، سيما مثل ابن عباس بحر الامة .

ومع هذا فاني لا زلت أرى ان سائر ما نقل عن الزهري مما انفرد به هو او غيره لا تعدو أهمية موضوع الطلاق فأكثر الأحاديث ربما اتصلت بأشخاص دون آخرين او

---

(١) قواعد التحديث ، جمال الدين القاسمي ص ٦٥ وراجع في هذا الموضوع السنة ومكانتها في التشريع الاسلامي للدكتور مصطفى السباعي .

(٢) سبل السلام ٣/٢٣١

بموضوع دون آخر أما الاحاديث التي جاءت في شؤون الزواج والطلاق فقد كان كل مسلم حريصاً على معرفتها .

٤ ـ وأما قولهم ان طاوس انفرد بالرواية عن ابن عباس فغير صحيح ولو صح لكان انفراده لا يطعن بصحة الحديث وقد قال ابن حجر : ان طاوس ثقة حافظ فقيه فلا يضر تفرده [١] .

فقد روى هذا الحديث عن ابن عباس عكرمة وأبو الصهباء وأبو الجوزاء .

وحديث ابي الجوزاء جاء في مستدرك الحاكم ، من حديث عبد الله بن المؤمل عن ابن أبي مليكه ان أبا الجوزاء أتى ابن عباس ، فقال : ألم تعلم ان الثلاث كن يرددن على عهد رسول الله الى واحدة . قال : نعم .

قال الحاكم : هذا حديث صحيح[٢]

وروى عكرمة عن ابن عباس انه قال : اذا قال أنت طالق ثلاثاً بفم واحد فهي واحدة . وكذلك روى ابو الصهباء . فالرواة اذن أربعة : طاوس وأبو الصهباء وعكرمة وأبو مليكة [٣] .

وأما اختلاف الروايات عن ابن عباس فلا خلاف ان هناك رواية عن رسول الله وفتوى من ابن عباس فحديث كان الطلاق ... رواه جماعة ، فقالوا ان مذهب ابن عباس وقوع الثلاث واحدة . وفتواه بوقوع الثلاث ثلاثاً نقلها ايضاً جماعة عنه ، ومن هنا ظن البعض ان في الأمر بعض الاضطراب في النقل ـ والحق لا اضطراب بل بعضهم نقل روايته ، وبعضهم نقل فتواه .

وقد سبق ان ذكرنا اذا اختلفت فتوى الصحابي عن روايته بأيهما نأخذ وذكرنا

---

(١) وجدت في باب الخلع في الفتح الباري أن ابن حجر يرد على ابن عبد البر حين طعن بما رواه طاوس عن ابن عباس في أن الخلع فسخ فقال : لكن ادعى ابن عبدالبرشذوذ ذلك عن ابن عباس اذ لا يعرف له أحد نقل عنه أنه فسخ وليس بطلاق الا طاوس . وفيه نظر : لان طاوساً ثقة حافظ فقيه فلا يضر تفرده الفتح الباري : ٣٣٢/٩ .

(٢) الروض النضير ١٣٩/٤ أعلام الموقعين ٤٢/٣ .

(٣) وقد روى البخاري في صحيحه عن ابن أبي مليكة في باب الشقاق هو يشير بالخلع عند الضرورة ٣٣٢/٩ ذكرت ذلك لاني وجدت بعض المؤلفين يطعن في سند هذا الحديث لان ابن أبي مليكة مجهول .

رأي أكثر الفقهاء والاصوليين بأن العبرة للرواية لا للفتوى لأنها أقوى حجة لسندها الى رسول الله ، بينما الفتوى هي رأي يرتأيه قد يخطىء فيه وقد يصيب .

٤ – تأويلات حديث ابن عباس :

لم يسع معظم الذين خالفوا حكم ابن عباس في وقوع الثلاث واحدة ان يطعنوا في صحة الحديث الذي كان سبب هذا الخلاف .

قال ابو الوليد الباجي : وعندي ان الرواية عن ابن عباس بذلك صحيحة ، فقد رواه عنه الأئمة : معمر وابن جريج وغيرهما ، وابن طاوس امام [١] ، ولكنهم ذهبوا في تأويله مذاهب شتى أهمها في رأيي ثلاثة :

١) – ان معنى الحديث ان الناس كانوا يطلقون واحدة فأصبحوا يطلقون ثلاثاً .

٢) – ان الثلاث في نص الحديث المقصود منها التأكيد لا التكرار .

٣) – ان الحديث منسوخ بحكم آخر اطلع عليه ابن عباس ولم ينقل الينا .

١ – تغيير عادة لاتغيير حكم :

قال بعضهم معنى الحديث : كان الطلاق الثلاث ... واحدة ، أي أن الناس كانوا اذا طلقوا نساءهم طلقوهن واحدة ، أي ما يفعله الناس اليوم من ايقاع الطلقات الثلاث كانوا في العصر الاول يوقعونه طلقة واحدة وليس معنى الحديث انهم كانوا يطلقون ثلاثاً وتعتبر واحدة [٢] .

وبهذا فسروا هذا الحديث وقالوا : انه اخبار عن اختلاف عادات الناس في إيقاع الطلاق لا في وقوعه (٢) .

وهذا التأويل يذهب الى أن عمر لم يغير المشروع ولا المعمول به في عصر النبي وأبي

---

(١) تفسير القرطبي ١٢٩/٣

(١) زاد المعاد ٥٧/٤ الاغاثة ٢٩٦/١

(٢) سبل السلام ٢٣١/٣

بكر وبداية عهده ، بل ان الناس هم أنفسهم الذين غيروا عادتهم في الطلاق من الطلقة الواحدة الى الطلقات الثلاث ولهذا ألزمهم بها حين خالفوا المشروع من جهة وما كانوا عليه من جهة ثانية .

فالحديث اذن يدلنا على تغيير عادة لا تغيير حكم ، وبمعنى آخر هو اخبار عن الواقع لا عن المشروع .

وقد قدم هذا الرأي ابن قدامة من الحنابلة واختاره من المالكية ابو الوليد الباجي ومن الشافعية الكيا الهراسي .

قال في المغني [1] : وقيل معنى حديث ابن عباس ان الناس كانوا يطلقون واحدة على عهد رسول الله وأبي بكر ، والا فلا يجوز ان يخالف عمر ما كان في عهد رسول الله وأبي بكر ، ولا يسوغ لابن عباس ان يروي هذا عن رسول الله ويفتي بخلافه .

ونقل المفسر القرطبي عن أبي الوليد الباجي [2] .

« ومعنى الحديث انهم كانوا يوقعون طلقة واحدة بدل ايقاع الناس الان ثلاث طلقات ويدل على صحة هذا التأويل ان عمر قال : ان الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة .

وما تأوله الباجي هو الذي ذكره الكيا الهراسي في مخطوطه احكام القرآن فقد قال ان مراد قول ابن عباس تغبير عادة المسلمين لا تغيير حكم الله في الطلاق [3] .

وقد ذهب أيضاً مذهب الكيا الهراسي من الشافعية ابو زرعه الرازي [4] — فقد

(١) المغني ٢٤٣/٨

(٢) تفسير القرطبي ١٢٩/٣

(٣) أحكام القرآن الكيا الهراسي وهو من فقهاء الشافعية توفي سنة ٥٠٤ والمخطوط من أنفس ما عثرنا عليه من تراثنا الفقهي وهو تفسير لآيات الأحكام كأحكام القرآن للجصاص واحكام القرآن لابن العربي ويوجد منه نسختان مخطوطتان في دار الكتب المصرية والمكتبة الازهرية وفي معهد المخطوطات للجامعة العربية نسخة مصورة عنه .

(٤) مغني المحتاج ٣١١/٣ حيث ورد رأيه في هذا الكتاب مفصلا .

قال « ان الطلاق المعتاد في الزمن الاول كان طلقة واحدة وصار الناس في زمن عمر يوقعون الثلاث دفعة واحدة فنفذه عليهم ، فيكون اخبارا عن اختلاف عادة الناس لا عن تغيير حكم في مسألة واحدة . »

وهذا الرأي أيضاً أورده البيهقي — باسناده الصحيح الى ابي زرعة انه قال : معنى هذا الحديث عندي أن ما تطلقون انتم ثلاثا كانوا يطلقون واحدة [1] .

وقال ابن حجر : واعتمد هذا : الشيخ علاء الدين النجاري الحنفي .

٢ — المقصود بالثلاث التأكيد لا التكرار :

وذهب بعضهم في تفسير هذا الحديث ، الى ان المراد بالطلقات الثلاث ، أنهم كانوا اذا قال أحدهم لزوجته انت طالق انت طالق ، فالمراد من تكرارهم هذا أحد المعنيين ، وهو التأكيد ، لان هذا اللفظ يدل على التأكيد ، او التكرار ، ففي العصر الأول كانوا يقصدون المعنى الاول دون الثاني ، أي أنهم وان كرروا عدد الطلقات ولكنهم كانوا لا يقصدون التعدد بل التأكيد ، و كان يقبل منهم هذا الادعاء لصدق دعواهم ، وحسن نواياهم ، وبعدهم عن الكذب ، وإخفاء الحقائق ، أما في عصر عمر فقد تغيرت النفوس ، وفسدت بعض الضمائر ، وأقبل الناس على الطلاق الثلاث ، فخشي عمر ان هو تركهم على ما كانوا عليه ، وقبل منهم دعواهم بالتأكيد لا بالتعداد ، ان يقع الناس في مفسدة ولهذا ألزمهم بالثلاث .

ومما أيدوا به دعواهم قول عمر : ان الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة . وقد قال بهذا الرأي: النووي والسبكي من الشافعية، وابن الهمام من الاحناف .

جاء في الفتح الباري [2] :

---

(١) فتح الباري ٢٩٩/٩

(٢) الفتح الباري ٢٨٩/٩ وقد ذكر ابن حجر أن هذا الجواب ارتضاه القرطبي وقواه بقول عمر أن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة والصحيح أن القرطبي نقل رأي أبي الوليد الباجي وقواه واستدل له بقول عمر المذكور ، ورأى الباجي كما ذكرنا سابقاً هو ما أول به الحديث انه تغيير عادة لاتغيير حكم .

قال ابن سريج وغيره : « يشبه ان يكون ورد في تكرير اللفظ كأن يقول أنت طالق انت طالق انت طالق ، وكانوا اولا على سلامة صدورهم يقبل منهم انهم أرادوا التأكيد ، فلما كثر الناس في زمن عمر وكثر فيهم الخداع ونحوه مما يمنع قبول من ادعى التأكيد ، حمل عمر اللفظ على ظاهر التكرار فأمضاه عليهم . »

وقال السبكي : انه أحسن محامل الحديث [1] .

وقال النووي في شرح صحيح مسلم [2] « فالاصح : ان معناه انه كان في أول الأمر اذا قال لها انت طالق انت طالق ولم ينو تأكيدا ، ولا استئنافا يحكم بوقوع طلقة لقلة إرادتهم الاستئناف بذلك ، فحمل على الغالب الذي هو ارادة التأكيد ، فلما كان في زمن عمر وكثر استعمال الناس بهذه الصيغة وغلب منهم ارادة الاستئناف بها حملت عند الاطلاق على الثلاث عملا بالغالب السابق الى الفهم منها في ذلك العصر . »

وهذا ما اختاره ابن الهمام : قال في الفتح [3] : « وتأويله ان قول الرجل انت طالق انت طالق انت طالق ، كان واحدة في الزمن الأول لقصدهم التأكيد في ذلك الزمان ، ثم صاروا يقصدون التجديد ، فألزمهم عمر رضي الله عنه ذلك لعلمه بقصدهم . »

٣ ــ دعوى النسخ :

هذا تأويل جديد يختلف عما سبقه ، حيث يذهب الى نسخ حديث ابن عباس بشيء علمه او اطلع عليه ابن عباس ولم ينقل الينا ، او ان هذا الحديث كان لأمر او لشيء ثم نسخ .

وسبب هذا التأويل في رأيي هو التمسك المطلق باجتهاد عمر ، وما ادعوه من اجماع على قوله ، فذهب الفقهاء يبحثون ويؤولون ولو خرجوا عن معنى النصوص الى ما وراء هذه النصوص من بعيد او قريب التماسا لمذهب عمر والصحابة الذين وافقوه .

---

(١) مغني المحتاج ٣/٣١١ .

(٢) شرح صحيح مسلم للنووي ١٠/٧١ .

(٣) فتح القدير ٣/٢٦

قال ابن حجر في فتح الباري [١] ـ نقل البيهقي عن الشافعي انه قال : يشبه ان يكون ابن عباس علم شيئاً نسخ ذلك .

قال البيهقي : ويقويه ما أخرجه ابو داود من طريق يزيد النحوي عن عكرمة عن ابن عباس قال : كان الرجل اذا طلق امرأته فهو أحق برجعتها وان طلقها ثلاثا فنسخ ذلك .

ويقول أصحاب هذا الرأي : الا ان النسخ لم يشتهر فبقي الحكم المنسوخ معمولا به الى ان أنكره عمر [٢] .

وقد وجدت الحديث الذي استدل به البيهقي في سنن ابي داود ، تحت باب : نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث . والحديث [٣] : حدثنا احمد بن محمد المروزي حدثني علي بن حسين بن واقد عن أبيه عن يزيد النحوي عن عكرمة عن ابن عباس قال : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ، ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في أرحامهن » وذلك : ان الرجل كان اذا طلق امرأته فهو أحق برجعتها ، وان طلقها ثلاثا ، فنسخ ذلك ، وقال : الطلاق مرتان .

فالذي فهمته من هذا التأويل بعد اطلاعي على الحديث المذكور الذي استدل به البيهقي دعماً لرأيه انهم يريدون القول بأن ابن عباس حينما قال كان الطلاق ... كان قبل نزول آية : الطلاق مرتان ، وهذا لا يصح لأنه ليس من المعقول ان نفهم بقية كلامه على هذا التأويل ، لأن ابن عباس ذكر ان هذا الحكم استمر الى عهد أبي بكر وسنتين من خلافة عمر . ولو قال : كان الطلاق الثلاث واحدة في عصر النبي وسكت ، لقلنا يحتمل هذا التأويل ، وان كان بعيداً ، او ان مفهومه كان قبل نزول آية : الطلاق مرتان ، فنسخ ذلك بالآية المذكورة .

---

(١) فتح الباري ٢٩٨/٩

(٢) الروض النضير ١٤٨/٣

(٣) سنن أبي داوود رقم الحديث ٢١٩٥ ج ٣ ص ٢٥٩ وفي عون المعبود شرح سنن أبي داوود ج ٢ ص ٢٢٥-٢٢٦

وهذا ما نرجحه فقد جاء في الاعتبار في الناسخ والمنسوخ من الاخبار [1] انزل الله تعالى : الطلاق مرتان .. فاستقبل الناس الطلاق جديداً من يومئذ من كان منهم طلق او لم يطلق حتى وقع الاجماع على نسخ الحكم الأول .

٤) وهناك من ذهب في تأويل الحديث الى القول بأن المراد منه الطلاق قبل الدخول لما ذكره محمد بن نصر المروزي في كتاب اختلاف العلماء له : وكان اسحاق يقول طلاق الثلاث للبكر واحدة (وهو جواب اسحاق بن راهويه [2] . وبه جزم زكريا الساجي من الشافعية .

الرد على التأويل الاول :

قالوا : ان حديث ابن عباس كان اخباراً عن الواقع لا عن المشروع أي انه تغيير عادة لا تغيير حكم .

هذا التأويل يصح لو كان الناس في عصر النبي وأبي بكر لم يطلقوا ثلاثاً ، ولكن الوقائع تخالف ذلك فعويمر العجلاني طلق ثلاثاً امام الرسول عليه السلام ، وأبو ركانة طلق ثلاثاً ، ومحمود بن لبيد طلق ثلاثاً ، وغضب الرسول عليه السلام وقال : أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم [3] .

بل ان بعض روايات ابن عباس جاءت صريحة في ان الطلاق الثلاث على عهد رسول الله وأبي بكر وصدراً من خلافة عمر كان يرد الى الوحدة .

ثم بماذا نفسر قول عمر : فلو أمضيناه عليهم ؟ .. هل معنى ذلك ان عمر لم يفعل شيئاً وانما الناس هم الذين غيروا عادتهم من الطلاق واحدة الى ثلاث ؟ ..

يقول ابن القيم [4] ـ ان قول عمر فلو أمضيناه ظاهر في أنه لم يكن مضى قبل عصر عمر حتى جاء فأمضاه ، وهو دليل وقوعه في عصر النبوة ، لكنه لم يمض وليس فيه ان

---

(١) الاعتبار في الناسخ والمنسوخ من الاخبار ص ١٩٢ .
(٢) سبل السلام ٣/٢٣٥
(٣) سيأتي شرح هذين الحديثين بعد قليل .
(٤) إغاثة اللهفان .

الطلاق الثلاث دفعة واحدة كان نادراً او غير موجود قبل عصر عمر .

حتى أن ابن الهمام لم يوافق على هذا التأويل حيث قال [1] : « وما قيل في تأويله ان الثلاث التي يوقعونها الآن انما كانت في الزمان الاول واحدة تنبيه على تغير الزمان ومخالفة السنة فيشكل اذ لا يتجه حينئذ قوله فأمضاه عمر رضي الله عنه » .

دعوى التأكيد :

وأما قولهم ان تكرار الطلاق كان للتأكيد لا للتعداد والتكرار في العصر الاول ثم جاء عمر فألزمهم بالثلاث لعدم تصديقهم بالتأكيد ، فهذا احتمال بعيد التأويل لأن كلام عمر : ان الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو امضيناه عليهم ، لا يلائم هذا الاتجاه في التأويل بل ينبو عنه ، وكان من السهل جداً على عمر ان يقول ، لما كثر في الناس الخداع وقل الصدق فيهم لم نعد نقبل منهم دعواهم بالتأكيد بل نلزمهم بالتعدد .

قال صاحب سبل السلام [2] « ولا يخفى أنه تقرير لكون نهي عمر رأيا محضاً ، ومع ذلك فالناس مختلفون في كل عصر فيهم الصادق والكاذب وما يعرف ما في ضمير الانسان الا من كلامه فيقبل قوله وان كان مبطلا في نفس الأمر ، والله يتولى السرائر ، مع ان ظاهر قول ابن عباس طلاق ثلاث واحدة انه كان ذلك بأية عبارة وقعت .

الرد على دعوى النسخ :

وأما تأويلهم المذكور بأن يكون ابن عباس علم شيئاً نسخ ذلك ، فلا يقوى على الصمود أمام اجماع الصحابة في عصر النبي وأبي بكر وصدر من خلافة عمر على شيء منسوخ لا يعرف حكمه ، بل ان هذا الشيء الذي سموه ناسخاً أين وجدوه ؟ .. أفي كتاب الله ؟ .. أم في سنة رسوله ؟ .. أم بأجماع صحابته ؟ ..

ان قالوا : الاجماع كان على أمر اطلع عليه الصحابة في عصر عمر ودعاهم الى هذا

---

(١) فتح القدير ٣/٢٦ .
(٢) سبل السلام ٣/٢٣١ .

الحكم فأجمعوا ولم ينقل الينا . قلنا لهم : لم ينعقد الاجماع بل هذه حجة عليهم لأن الاجماع منعقد في عهد النبي وأبي بكر وصدر من خلافة عمر على وقوع الثلاث واحدة .

قال في الروض النضير[1] «لا يخفى على ذي نظر صاف ما في هذا الجواب من التكلف والتعسف من تجويز النسخ بالظن والاحتمال ، وهذا من الشافعي خلاف مذهبه وأصوله ».

ولكن من الانصاف للحق ان نقول ان الشافعي لم يقل بالنسخ انما قال كما نقل البيهقي عنه ، يشبه ان يكون ابن عباس علم شيئاً نسخ ذلك .

وقد أنكر بعض الشافعية ادعاء النسخ ، فقد جاء في شرح النووي على مسلم (٢) .

« وقد أنكر المازري ادعاء النسخ فقال : زعم بعضهم ان هذا الحكم منسوخ وهو غلط فان عمر لا ينسخ ، وان نسخ وحاشاه لبادر الصحابة الى انكاره ، وإن أراد القائل انه نسخ من زمن النبي فلا يمتنع ، ولكن يخرج عن ظاهر الحديث . لأنه لو كان كذلك لم يجز للراوي ان يخبر ببقاء الحكم في خلافة أبي بكر وبعض خلافة عمر ، فان قيل فقد يجمع الصحابة ويقبل منهم ذلك ، قلنا : انما يقبل ذلك لأنه يستدل باجماعهم على ناسخ وأما انهم ينسخون من تلقاء أنفسهم فمعاذ الله . لأنه اجماع على الخطأ وهم معصومون عن ذلك ، فان قيل : فلعل النسخ انما ظهر في زمن عمر قلنا : هذا ايضاً غلط لأنه قد يكون قد حصل الاجماع على الخطأ في زمن أبي بكر ، وليس انقراض العصر شرطاً في صحة الاجماع على الراجح » .

وقد تعقب ابن حجر اقرار النووي على ما سبق نقله عن أبي زرعة فقال (٣) :

* * *

« نقل النووي هذا الفصل في شرح مسلم وأقره وهو متعقب في مواضع : احدها : ان الذي ادعى نسخ الحكم لم يقل ان عمر هو الذي نسخ ، حتى يلزم منه ما ذكر ، وانما قال : يشبه أن يكون علم شيئاً من ذلك النسخ ، أي اطلع على ناسخ للحكم الذي

(١) الروض النضير ١٤١/٣ .
(٢) شرح صحيح مسلم للنووي ٧١/١٠ .
(٣) فتح الباري ٢٩٨/٩ .

رواه مرفوعاً ، ولذلك أفتى بخلافه — وقد علم المازري في أثناء كلامه ان اجماعهم يدل على ناسخ وهذا هو مراد من ادعى النسخ .

الثاني : انكاره الخروج عن الظاهر عجيب ، فان الذي يحاول الجمع بالتأويل يرتكب خلاف الظاهر حتماً .

الثالث : ان تغليطه من قال : المراد ظهور النسخ : عجيب ايضاً ، لان المراد بظهور انتشاره . وكلام ابن عباس انه كان يفعل في زمن أبي بكر محمول على ان الذي كان يفعله لم يبلغه النسخ فلا يلزم ما ذكره من اجماعهم على الخطأ .

وما أشار اليه من مسألة انقراض العصر لا يجيء هنا لأن عصر الصحابة لم ينقرض في زمن أبي بكر بل ولا عمر ، فان المراد بالعصر الطبقة من المجتهدين ، وهم في زمن أبي بكر وعمر — بل وبعدهما — طبقة واحدة .

هذا ما رأيناه جوابا على من ادعى النسخ في حديث ابن عباس ،

وأما ما ذكره البيهقي من حديث ابي داود ليقوى به هذا الرأي .

فقال ابن القيم في الاغاثة (١) — هذا وهم لوجهين :

١) ان المنسوخ هو ثبوت الرجعة بعد الطلاق ، ولو بلغ ما بلغ كما كان في اول الاسلام .

٢) ان النسخ لا يثبت بعد موت الرسول ، وكون الثلاث واحدة — قد عمل به في خلافة الصديق كلها ، وأول خلافة عمر رضي الله عنه فمن المستحيل ان ينسخ بعد ذلك .

ولهذا فاننا نقرر ان خفاء الناسخ وعدم اشتهاره الافي عصر عمر يكاد يكون مستحيلا عادة على ذلك العصر عصر فقهاء الصحابة . ومع هذا فلم ينقل الينا هذا الناسخ .

وهذا كله في رأيي كما سبق وقلت تبرير لاجتهاد عمر رضي الله عنه ولو برروا اجتهاده بتفسيرات اخرى لكان اسهل من هذا المركب الصعب واتهام الصحابة بجهل حكم يتعلق باسرهم وزوجاتهم طيلة هذه المدة الطويلة .

---

(١) أغاثة اللهفان ٢٩١/١ .

ب ـ حديث ركانه

واستدل أيضاً من ان أوقع الثلاث واحدة بالحديث التالي :

روى الامام أحمد في مسنده [1] ـ عن محمد بن اسحاق قال : حدثني داود بن الحسين عن عكرمه مولى ابن عباس عن ابن عباس قال : [2]

طلق ركانة بن عبد يزيد أخو بني مطلب امرأته ثلاثاً في مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديداً . قال : فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم : كيف طلقتها ؟ . قال : طلقتها ثلاثا ـ قال فقال : في مجلس واحد ؟ . قال : نعم ، قال : فانما تلك واحدة . فارجعها ان شئت ـ قال : فرجعها . فكان ابن عباس يرى انما الطلاق عند كل طهر [3] .

هذا الحديث صحيح في اسناده واضح في معناه لا يحتمل التأويل وهو ان من طلق امرأته ثلاثا فهي واحدة .

قال الامام احمد : انه الصواب [4] .

وقال ابن حجر [5] : وهذا الحديث نص في المسألة لا يقبل التأويل الذي في غيره من الروايات .

---

(١) مسند أحمد : مجموعة الاحاديث التي جمعها الأمام أحمد باسنادها ، وروى المسند ابنه عبد الله الذي كان شغوف الرواية عن أبيه في حياته . راجع مقدمة المسند تحقيق أحمد شاكر طبقات الحنابلة ص ١٣٢ أحمد بن حنبل للشيخ محمد أبو زهرة ص ١٦٠ .

(٢) مسند أحمد رقم الحديث ٢٣٨٧ ج ١ ص ٢٦٥ .

(٣) جاء في بعض كتب الفقه كاعلام الموقعين وبعض كتب الحديث كسنن أبـي داود لفظ : فانما تملك واحدة والصحيح فانما تلك واحدة لانها جاءت في أكثر الكتب الفقهية وكتب الاحاديث كفتح الباري وفتح القدير ونيل الاوطار ولان الزوج يملك ثلاث طلقات متفرقات .

(٤) أعلام الموقعين ٤٤/٣ الروضة الندية ٥١/٢ .

(٥) فتح الباري ٢٩٧/٩ .

وقال ابن القيم [١] ـ ورواه الحافظ ابو عبد الله محمد بن عبد الواحد المقدسي في مختاراته التي هي أصح من صحيح الحاكم .

رد الجمهور على حديث ركانه :

وقد رد جمهور الفقهاء الذين أوقعوا الثلاث ثلاث طلقات على هذا الحديث بثلاثة أمور :

١) ان محمد بن اسحاق مطعون فيه فلا تصح الرواية عنه .

٢) ان ابا داود روى الحديث بشكل آخر وهو ان ركانه طلق زوجته البتة ، وقال في حديث الثلاثة انه مضطرب وان حديث البتة اصح منه .

٣) ان ابن عباس راوى الحديث قد افتى بخلاف ذلك ولا يظن بابن عباس أن يعرف الحكم ويخالفه بفتواه الا اذا وجد لديه مرجح لذلك .

وقد أجبنا على هذه الحجة بأن العبرة لرواية الراوي لا بفتواه اذا اختلفتا . ولهذا ستناقش الحجة الاولى والثانية .

١ ـ محمد بن اسحاق ثقة :

قال ابن تيمية [٢] ـ هذا الحديث قال فيه ابن اسحاق حدثني داود وداود من شيوخ مالك ورجال البخاري . وابن اسحاق اذا قال حدثني فهو ثقة عند أهل الحديث وهذا اسناد جيد .

ثم ان هذا الاسناد الذي تكلموا فيه ، احتج به الفقهاء في مسائل كثيرة ، منها ان النبي صلى الله عليه وسلم رد على أبي العاص ابنته زينب بالنكاح الاول [٣] ـ فلماذا أخذوا بروايته في محل وتركوها في محل آخر ؟ .

قال ابن حجر في فتح الباري [٤] ـ وليس كل مختلف فيه مردوداً .

---

(١) إغاثة اللهفان ٢٨٧/١ .
(٢) ابن تيميه ١٨/٣
(٣) أعلام الموقعين ٤٤/٣-٥٠
(٤) فتح الباري ٢٩/٩

وقد حقق العلامة الصنعاني في عدم صحة القدح بما يجرح رواية محمد بن اسحاق [1] .

٢ ـ حديث ركانه البته :

وروى ابو داود وابن ماجه عن ركانه انه طلق امرأته البتة [2] فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ، ما أردت ؟ ... قال : واحدة قال : الله ما أردت الا واحدة ؟ .. قال : الله ما أردت الا واحدة [3] .

ورواه الترمذي وفيه : فقال يا رسول الله اني طلقت امرأتي البتة ، فقال : ما أردت بها ؟ .. فقلت : واحدة ـ قال : والله قلت والله . قال : فهو ما أردت [4] .

وقال ابو داود : هذا حديث صحيح وقال ابن عبد البر : رواية الشافعي لحديث ركانه عن عمه أتم ، وقد زاد زيادة لا تردها الاصول ، فوجب قبولها ، لثقة ناقليها ، والشافعي وعمه وجده أهل بيت ركانه كلهم من بني المطلب بن عبد مناف وهم أعلم بالقصة التي عرضت لهم .

وقال ابن ماجه [5] سمعت أبا الحسن علي بن محمد الطنافسي يقول : ـ

ما أشرف هذا الحديث ، قال ابن ماجه: ابو عبيد تركه ناجية ، وأحمد جبن عنه .

---

(١) قال في سبل السلام ٣/٢٣٣ بعد أن ذكر حديث ابن اسحاق : قد حققنا في ثمرات النظر في علم أهل الاثر وفي إرشاد النقاد إلى تيسير الاجتهاد عدم صحة القدح بما يجرح روايته .

(٢) أغاثة اللهفان ١/٣٠٨ وقد جاء سند هذا الحديث في تفسير القرطبي ٣/١٣١ قال أخرج هذا الحديث من طرق الدار قطني في سننه عن الشافعي أن ركانة ابن عبد يزيد طلق امرأته سهير المزنية البتة . فاخبر النبي بذلك فقال والله ما أردت إلا واحدة ، فقال رسول الله : والله ما أردت إلا واحدة فقال ركانه والله ما أردت إلا واحدة فردها اليه رسول الله فطلقها اليه رسول الله فطلقها الثانية في زمان عمر والثالثة في زمان عثمان .

(٣) واسم امرأته سهيمة كما جاء في نيل الاوطار ٦/٢٢٦ وكما روى الدار قطني وقد جاء في بعض الكتب أن اسمها بهيه ولعلها من الاخطاء المطبعية فلتصحح الروض النضير ٤/١٣٨ .

(٤) والحديث صححه الحاكم وابن حبان . وقال الترمذي لا يعرف إلا من هذا الوجه .

(٥) قوله ما أشرف هذا الحديث : بيان لشرف اسناده . وقوله تركه ناجية أي لم يقبل روايته . وقوله واحمد جبن عنه (أي لم يجرىء أحمد بن حنبل على روايته » . وهذا يدل على ضعف أبي عبيد . راجع تعليق الشيخ حامد الفقي على إغاثة اللهفان ١/٣٠٨

وجه الاستدلال :

١) ان المطلق لو نوى أكثر من واحدة لوقع ما نواه وألزمه الرسول بنيته ولهذا سأله ما أردت بها .

٢) لو كان الطلاق لا يقع بأكثر من واحدة لما استفسر منه عليه السلام عن نيته طالماأن للفظ مهما اشتمل على عدد فلا يقع الا واحدة فأية حاجة الى معرفة نية المطلق ؟ ..

فدل على ان الطلاق يقع بأكثر من واحدة سواء أكان بلفظ صريح أم كان بلفظ كناية مع نية العدد .

الرد على حديث البتة :

تكلم علماء الحديث في حديث البتة فقالوا أنه لا يصح [١] .

قال أبو الفرج بن الجوزي في كتابه العلل : قال احمد : حديث ركانة ليس بشيء.

وقال الخلال في كتاب العلل عن الاثرم : قلت لأبي عبد الله : حديث ركانة في البتة فضعفه وقال : ذاك جعله بنيته .

وذكر الترمذي انه سأل البخاري عن حديث البتة ، فقال له فيه اضطراب ، فتارة يقال فيه ثلاثاً وتارة يقال واحدة . وفي اسناده الزبير بن سعيد الهاشمي . وقد ضعفه غير واحد وقيل : انه متروك [٢] .

منشأ الخلاف في حديث ركانه :

ان منشأ الخلاف في حديث ركانة ان أكثر من رواه بلفظ الثلاث لا البتة ، كأبي داوود وابن حزم قد رووه عن مجاهيل ولم يرووه عن سنده الصحيح بروايته الصحيحة التي رواها أحمد ، ولهذا فان الذين تكلموا في حديث لفظ الثلاث لم يذكروا ما جاء في مسند احمد ، وهو ما ذكرناه بل ذهبوا يطعنون في رواية ابي داود وابن حزم . والحديث كما رواه ابن حزم :

---

(١) أغاثة اللهفان ١/٣١٥

(٢) نيل الاوطار ٦/٢٢٧

عن ابن جريج أخبرني بعض ولد أبي رافع عن عكرمة عن ابن عباس قال : طلق عبد يزيد ابو ركانة أم ركانة ثلاثاً ... فقال له رسول الله : راجع امرأتك أم ركانة واخوتـــه فقال : قد طلقتها ثلاثاً يا رسول الله . قال قد علمت ارجعها (١) .

لهذا قال ابن حزم : وهذا لا يصح لأنه عن غير مسمى من بني أبي رافع ولا حجة في مجهول وما نعلم في بني أبي رافع من يحتج به الا عبيد الله وحده وسائرهم مجهولون .

وقال النووي (٢) : أما رواية ركانة الثلاثة فرواية ضعيفة عن قوم مجهولين . وقال القرطبي (٣) ـــ وأما حديث ركانة فقيل : أنه حديث مضطرب منقطع ـــ ولا يستند من وجه يحتج به رواه ابو داود من حديث ابن جريج عن بعض بني أبي رافع وليس فيهم من يحتج به .

ولهذا يبدو لنا ان ما رجحه ابو داود ومن نقلوا عنه حديث البتة لم يطلعوا على ما جاء في مسند أحمد ولهم بعض العذر في ذلك لان رواية الثلاث التي رواها ابو داود لا يصح الاحتجاج بها .

ومع هذا فان أبا داود قال ان رواية البتة أصح من رواية الثلاث ، ولم يجزم بعدم صحتها ، بل قال أصح . وهذا يستدعي صحة الروايتين ، بينما نجد أحمد بن حنبـــل يبطل رواية البتة ، ويقول لا تصح ، ويصحح سند رواية الثلاث التي رواها (٤) .

---

(١) ابن حزم ١٠/١٦٨ ونص الحديث كاملا كما جاء أيضاً في إغاثة اللهفان ١/٢٨٦ : قال أبو داود في سننه : حدثنا أحمد بن صالح حدثنا عبد الرزاق أخبرنا أن ابن جريج قال : أخبرني بعض بني أبي رافع مولى النبي صلى الله عليه وسلم عن عكرمة عن ابن عباس قال : طلق عبد يزيد – أبو ركانة واخوانه أم ركانة ونكح امرأة من مزينة ، فجاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقالت ما يغني عني إلا كما تغني هذه الشعرة لشعرة أخذتها من رأسها – ففرق بيني وبينه فأخذت النبي صلى الله عليه وسلم حمية ، فدعا بركانة وإخوته ثم قال لجلسائه : أترون فلانا يشبه كذا وكذا .. من عبد يزيد وفلاناً يشبه منه كذا وكذا ؟ قالوا نعم : قال النبي صلى الله عليه وسلم : طلقها ففعل ، فقال : راجع امرأتك أم ركانة فقال : إني طلاقتها ثلا ثاً يا رسول الله قال : قد علمت راجعها . وتلا : يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة .

(٢) النووي على مسلم ١٠/٧٠

(٣) تفسير القرطبي ٣/١٣١

(٤) الروضه النديه ٢/٥١ قال وقد صحح الامام أحمد هذا الاسناد وحسنه .

ورواية الثلاث جاءت في أكثر كتب الحديث ، فقد رواها ابو يعلي وصححها أيضاً [١] — ونقلها الشوكاني في نيل الاوطار والسيوطي في الدر المنثور [٢] : وجاءت في كتب التفسير فقد استشهد بها الالوسي [٣] — كما ان الجصاص ذكر [٤] ان ابن اسحاق قال : الثلاث ترد الى الواحدة . وصحح الحديث الثلاث الحاكم وابن حبان [٥] .

رأينا في حديث ركانة :

بعد أن ذكرنا مختلف الروايات في حديث ركانة نستطيع ان نرجح الرواية التي جاءت في مسند الامام أحمد لان سندها صحيح ، ولم تعارضها الروايات الاخرى التي هي بقوتها ، وكل ما طعن به رجال الحديث ، ان لفظ الثلاث جاء بروايته عن مجهول فقالوا انها لا تصح . ولو ان أبا داود روى رواية أحمد لقلنا بقوله حينما رجح بين الروايتين ، ولكن الترجيح لم يكن الا بين رواية رواها بالبتة، ورواية أخرى عن مجهولين رواها بالثلاث ولم يذكر الرواية التي جاءت بمسند الامام احمد .

وأخيراً يبدو لي ان لفظ الثلاث كان يستعمله أهل المدينة فيقولون البتة وبهذا نوفق بين الروايات فمن روى البتة فتحمل على الثلاث .

ومما يؤيد هذا ما جاء في سنن النسائي [٦] ان عبد الرحمن بن الزبير طلق امرأته البته وفي روايات أخرى طلقها ثلاثاً — وقال السيوطي في شرحه : فطلقني البتة أي ثلاثاً لأنها قاطعة .

---

(١) الفتح الباري ٢٩٧/٩

(٢) الدر المنثور ٢٧٩/١

(٣) تفسير الالوسي ٤٣١/١

(٤) أحكام القرآن للجصاص ٣٨٨/١

(٥) سبل السلام ٢٣٤/٣ .

(٦) النسائي ١٤٦/٦ والحديث : أخبرنا عمرو بن علي قال : حدثنا يزيد بن زريع قال حدثنا معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى النبي وأبو بكر عنده فقالت يا رسول الله إني كنت تحت رفاعه القرظي فطلقني البتة فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير وانه يا رسول الله ما معه إلا مثل هذه الهدبة واخذت هدبة من جلبابها ، وخالد بن سعيد بالباب فلم يأذن له فقال يا أبا بكر الا تسمع هذه تجهر بما تجهر به عند رسول الله فقال تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا ، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك

ثانيا ـ مذهب بعض الصحابة والتابعين :

واحتج أصحاب هذا الرأي بأن وقوع الطلقات الثلاث طلقة واحدة هو مذهب بعض الصحابة وبعض التابعين وها نحن نذكر بعضهم [1] .

مذهب ابن عباس : وذلك للحديث الذي ذكرناه بعد ان ناقشنا جميع الردود عليه .

مذهب طاووس [2] لما رواه عبد الرزاق : أخبرنا ابن جريج عن ابن طاووس عن أبيه انه كان يرى طلاقاً ما خالف وجه الطلاق ، ووجه العدة ، وأنه كان يقول : يطلقها واحدة ثم يدعها حتى تنقضي عدتها .

وأفتى بالوقوع واحدة **عكرمة** ـ رواه اسماعيل بن ابراهيم عن ايوب عنه .

وأفتى به **علي** وابن **مسعود** و**عبد** الرحمن بن عوف **والزبير** .

مذهب الحسن البصري الذي استقر عليه :

قال ابن المنذر ، واختلف في هذا الباب عن الحسن . فروى عنه كما رويناه عن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ، وذكر قتادة وحميد ويونس عنه : انه رجع عن قوله بعد ذلك ، فقال : واحدة بائنة .

مذهب عطاء بن يسار [3] :

قال عبد الرزاق : أخبرنا مالك عن يحيى بن سعيد عن بكير عن يعمر بن أبي عياش

---

(١) الاغاثة ٧٢٨/١ ، فتح الباري ٢٩٩/٩ . تفسير القرطبي ١٣٢/٣ نيل الاوطار ٢٣١/٦ ، فتاوى ابن تيمية ١٧/٣ .

(٢) طاووس : ابن كيسان كان فقيه أهل اليمن لعلمه و منزلته . كان كثير الرواية عن عبد الله بن عباس توفي في مكة سنة ١٠٦ هـ

(٣) عطاء بن أبي رباح مولى قريش : ولد في خلافة عمر وسمع من كبار الصحابة . قال أبو حنيفة : ما رأيت أفضل من عطاء . توفي سنة ١١٤ .

قال : سأل رجل عطاء بن يسار عن الرجل يطلق البكر ثلاثاً ، فقال : انما طلاق البكر واحدة .

مذهب سعيد بن جبير [1] :

كما حكاه ابن المنذر وغيره عنه .

مذهب سعيد بن المسيب [2] :

وجدت في عدد من الكتب أن مذهب الوقوع واحدة هو مذهب سعيد بن المسيب وبعض الكتب ذكرت ان مذهبه عدم الوقوع مطلقاً لأن الطلقات الثلاث مجتمعة بدعة والبدعة مردودة فلا تقع .

وقد نقل هذا المذهب عن سعيد بن المسيب ، الزمخشري في تفسيره . والقرطبي في أحكام القرآن ، والالوسي في تفسيره أيضاً [3] .

ولكني وجدت ابن القيم يقول في اغاثة اللهفان [4] : حكى ذلك التغلبي عن سعيد بن المسيب وهو غلط عليه ، انما هو مذهب سعيد بن جبير .

وهكذا مع العلم ان سعيد بن جبير نقل عن ابن عباس وقوع الثلاث في إحدى فتاويه فقد جاء في الروض النضير [5] : عن سعيد بن جبير قال رجل لابن عباس طلقت امرأتي الفاً ، فقال له ابن عباس : ثلاث تحرمها عليك وبقيتها وزر عليك اتخذت آيات الله هزوا .

---

(١) سعيد بن جبير : حدث عن ابن عباس وابن عمر وغيرهما . قال ابن عباس لأهل الكوفة حينما سألوه في مسائل فقهية : اليس فيكم سعيد بن جبير . قتله الحجاج في فتنة ابن الاشعث سنة ٩٥ .

(٢) سعيد بن المسيب المخزومي من كبار التابعين أحد الفقهاء السبعة بالمدينة . ولد قبل خلافة عمر بسنتين وروى عن الصحابة . قال قتاده : ما رأيت أحداً أعلم من سعيد بن المسيب وكانت أكثر رواياته عن أبي هريرة . توفي سنة ٩٤ وقيل ٩٥ وقيل ١٠٥ .

(٣) جاء في تفسير المحيط ٢٨٢/٨ ، وعن ابن المسيب وجماعة من التابعين أنه لو طلق في حيض أو ثلاث لم يقع وقال الالوسي ٩٣/٩ : ونقله غير واحد عن ابن المسيب وجماعة من التابعين .

(٤) اغاثة اللهفان ٣٢٥/١ .

(٥) الروض النضير ١٣٦/٤ .

المطلب الرابع ـ أدلة ما ذهب اليه الجمهور :

احتج الجمهور على رأيه بوقوع الطلقات الثلاث بالأدلة التالية :

١ ــ الأحاديث التي وردت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

٢ ــ الاجماع .

أولاً ــ الأحاديث :

استدل جمهور الفقهاء بعدة أحاديث تدل على وقوع الطلقات الثلاث أو المتعددة وقد اخترت خمس روايات منها هي أقوى ما استدلوا به .

١ ــ حديث ابن عمر [١] ــ عن الحسن قال : حدثنا عبد الله بن عمر أنه طلق امرأته تطليقة وهي حائض ، ثم أراد أن يتبعها بتطليقتين أخريين عند القرأين ، فبلغ ذلك رسول الله فقال يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله تعالى إنك أخطأت السنة ، والسنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء . وقال : فأمرني رسول الله فراجعتها ثم قال اذا هي طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك ، فقلت يا رسول الله لو كنت طلقتها ثلاثاً أكان لي ان أراجعها ؟ قال : لا . كانت تبين وتكون معصية [٢] .

---

(١) عبد الله بن عمر : عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوي القرشي أسلم مع أبيه وهو صغير لم يبلغ الحلم ، وهاجر مع أبيه إلى المدينة . لم يحضر غزوة بدر لأنه كان صغيراً . حضر غزوة الخندق وشهد اليرموك . كان كثير الاتباع لآثار رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى كان يمشي في الاماكن التي يمشي فيها رسول الله .

قال رسول الله لأم المؤمنين حفصة بنت عمر : إن أخاك عبد الله رجل صالح ، لو كان يقوم من الليل : فما ترك ابن عمر بعدها قيام الليل . توفي بمكة سنة ٦٣ وهو ابن ٨٤ سنة .

(٢) نيل الاوطار ٢٢٨/٦– إغاثة اللهفان ٣٠٩/١ الروض النضير ١٠١/٤ حيث ذكر أن الحديث أخرجه البيهقي والطبراني والدارقطني – ورواه ابن حزم في المحلى ١٦٩/١٠ وسنده : محمد بن شاذان عن معلى بن منصور عن شعيب بن رزيق أن عطاء الخراساني حدثهم عن الحسن أنه قال ....

وفي البخاري [1] : وكان عبد الله اذا سئل عن ذلك قال لأحدهم ان كنت طلقتها ثلاثاً فقد حرمت عليك حتى تنكح زوجاً غيرك .

وزاد فيه غيره عن الليث حدثني نافع قال ابن عمر لو طلقت مرة أو مرتين فإن النبي صلى الله عليه وسلم أمرني بهذا .

ومما يجب ذكره ان البخاري لم يرو الزيادة : لو طلقتها ثلاثاً .

وجه الاستدلال :

قول ابن عمر لرسول الله : لو كنت طلقتها ثلاثاً ... وان النبي صلى الله عليه وسلم أجابه بعدم جواز المراجعة بعد الثلاث أي بالبينونة الكبرى فدل على ان الثلاث تقع ثلاثاً لا واحدة ، ولو لم يكن ذلك لقال له عليه السلام ان طلاق الثلاث واحدة ولك ان تراجعها .

٢ ـ ما جاء في صحيح البخاري [2]

عن سهل بن سعد ان عويمر العجلاني بعد أن لاعن زوجته أمام رسول الله قال : كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله .

قال ابن شهاب : فكانت سنة المتلاعنين .

وجه الاستدلال :

ان عويمراً طلقها ثلاث طلقات بحضرة الرسول الكريم فلو كان هذا لا يجوز لما أقره عليه ولبين له ان الطلاق يجب أن يكون طلقة واحدة فدل على أن طلاق الثلاث مشروع وأن النبي أقر من طلق ثلاثاً بحضرته على فعله . واذا لم يكن سكوت النبي عليه السلام اقراراً واجازة فعلى الاقل كان ينكر عليه ذلك بقوله ان هذا محرم فسكوته عليه السلام إما اقرار وإما عدم إنكار .

* * *

---

(١) صحيح البخاري (فتح الباري) ٣٩٨/٩ .

(٢) الفتح الباري ٢٧٢/٩ .

٣ ـ حديث محمود بن لبيد [1]

روى النسائي عن محمود بن لبيد قال : أخبر رسول الله عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً فقام غضبان ثم قال : ايلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم حتى قام رجل فقال : يا رسول الله الا أقتله [2] ؟ ..

قال ابن كثير : إسناده جيد .

وقال الحافظ في بلوغ المرام : رواته موثقون [3] .

وفي بعض الروايات زيادة : وأمضاه عليه ولم يرده .

وجه الاستدلال :

انه طلاق على سمع من الرسول عليه السلام وصحبه فأقره عليه ، ولو لم يكن مشروعاً لم يقره عليه السلام على أمر غير مشروع ، فدل على أن الرجل اذا أوقع أكثر من طلقة بلفظ واحد ألزم بها .

وقال المرحوم الشيخ سلامة القضاعي في تأويل هذا الحديث [4] .

« معنى هذا الحديث انه أمضى عليه الثلاث وألزمه اياها وان السائل كان يريد الاذن في مراجعتها . وكتاب الله بين في ان المطلقة ثلاثاً لا تحل لمطلقها الا بعد زوج ، فطلب المراجعة ، بل الميل اليها يعد لعباً ، او كاللعب في كتاب الله ، ومن أجل ذلك اشتد عليه غضب رسول الله وقال : « أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم » .

وهذا كما ترى تأويل بعيد وتفسير فوق ما يحتمله النص .

* * *

---

(١) محمود بن لبيد بن أبي رافع الانصاري الاشهلي ولد على عهد رسول الله وحدث عنه أحاديث قال البخاري له صحبة وقال أبو حاتم لا تعرف له صحبة ذكره مسلم في التابعين وكان من العلماء مات سنة ٩٦ وقد ترجم له أحمد في مسنده .

(٢) بيل السلام ٣/٢٣٢ .

(٣) نيل الاوطار ٦/٢٢٧ ، زاد الميعاد ٤/٥١ الروض النضير ٤/١٠١ وقال : وسنده صحيح .

(٤) البراهين القاطعة ص ٣٢ .

٤ ـ حديث عبادة بن الصامت [1]

وعن عبادة بن الصامت قال طلق جدي امرأة له ألف تطليقة فانطلق الى رسول الله فذكر له ذلك فقال النبي عليه السلام : ما اتقى الله جدك أما ثلاث فله ، وأما تسعمائة وسبع وتسعون فعدوان وظلم ان شاء الله عذبه وان شاء غفر له .

وفي رواية : ان أباك لم يتق الله فيجعل له مخرجاً بانت منه بثلاث على غير السنة وتسعمائة وسبع وتسعون أثم في عنقه [2] .

ووجه الاستدلال :

ان هذا اقرار صريح من النبي عليه السلام ان من طلق أكثر من واحدة تقع كلها وتبين زوجته فان طلقها ثلاثاً فأكثر ولا رجعة لها . فلو كان الطلاق لا يقع الا واحدة لحكم له النبي عليه السلام بمراجعة زوجته ، وقال له انها واحدة ان شئت فعد الى زوجتك. أما وقد قال له انها بانت ولا مخرج لك فدل على ان الثلاث تقع مجموعة وتبين بينونة كبرى

* * *

٥ ـ حديث فاطمة بنت قيس [3] :

من حديث أبي سلمة بن عبد الرحمن أن فاطمة بنت قيس أخبرته ان زوجها أبا حفص المخزومي طلقها ثلاثاً ثم انطلق الى اليمن فانطلق خالد بن الوليد في نفر فأتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيت ميمونة أم المؤمنين فقالوا أن أبا حفص طلق امرأته ثلاثاً فهل لها نفقة فقال رسول الله ليس لها نفقة وعليها العدة .

---

(١) عبادة بن الصامت : من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم حدث عنه أبو أمامة الباهلي ، وانس بن مالك شهد المشاهد كلها مع رسول الله . وعبادة ممن جمعوا القرآن في عصر النبي .
اختلف مع معاوية فقال له: لا أساكنك بأرض فرحل إلى المدينة. فقال له عمر: ما أقدمك ؟ فأخبره بفعل معاوية فقال له : أرحلها إلى مكانك فقبح الله أرضاً لست فيها وأمثالك ، فلا إمرة له عليك .
(أعلام النبلاء ٢/١/ رقم ١٠١هـ، الطبقات الكبرى لابن سعد ٩٣/٣ ، الاستيعاب لابن عبد البر ٤٤١/٢ الاصابة ٢٦٤/٢ ، اسد الغابة ١٠٦/٣ تاريخ الاسلام للذهبي ١١٨/٢ .)

(٢) نيل الاوطار ٢٣٢/٦ .

(٣) زاد المعاد ٥٥/٤ .

وفي صحيح مسلم في هذه القصة : قالت فاطمة فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال كم طلقت ؟ .. قلت ثلاث ، فقال : صدق ليس لك نفقة .

وجه الاستدلال :

ان المطلقة المبتوتة لا نفقة لها،اما المطلقة رجعياً فلها النفقة فعدم النفقة للمطلقة ثلاثاً دل على انها بانت بينونة كبرى وان الثلاثة وقعت فلم يحكم لها النبي عليه السلام بنفقة ، ولو كانت الثلاث طلقة واحدة لحكم لها بالنفقة لأنها في عدة طلاق رجعي [1] .

الاجماع [2] .

وقال الجمهور ان الاجماع انعقد في عهد عمر على وقوع الثلا ث وكل من خالف ذلك لا عبرة بخلافه لأنه خبر آحاد لا يقف امام حجية الاجماع وقد استمر الاجماع حتى عصرنا هذا .

---

(١) نفقة المعتدة : لا خلاف بين الفقهاء المعتدة من طلاق رجعي على زوجها المطلق .

أما المعتدة من طلاق بائن فقد اتفق الفقهاء على أن نفقتها على زوجها إن كانت حاملا لقوله تعالى « وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن ، حتى يضعن حملهن » واختلفوا فيما دون ذلك :

قال الشافعي : ليس لها إلا السكنى .

وقال ابن أبي ليلى : ليس لها السكنى .

أما الحنفية فقالوا : للمطلقة بائنا النفقة سواء كانت في عدة طلاق رجعي أم في عدة طلاق بائن .

وسبب الخلا ف حديث فاطمة بنت قيس فمن أخذ به قال لانفقة للمطلقة بائنا ما دامت في العدة ومن لم يأخذ به قال أن عموم قوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته » عام لا يخصصه هذا الحديث . الاحوال الشخصية للشيخ محمد أبو زهرة ص ٣٨٣ .

(٢) الاجماع : هو اتفاق مجتهدي الامة الاسلا مية في عصر ما على أمر من الأمور .

والاجماع حجـــة بين الفقهاء حتى أن كثيراً من الفقهـــاء ومنهم جمهور الاحناف اعتبروا الاجماع السكوتي حجة .

وقال الشافعي : لا ينسب لساكت قول فلم يعتبر الاجماع السكوتي حجة . فقد جاء في الرسالة لست أقول ولا أحد من أهل العلم أن هذا مجتمع عليه الا لما لا تلقى عالماً أبداً ألا قاله لك وحكاه عن قبله كالظهر أربع وكتحريم الخمر وما أشبه ذلك .

وحجة من قال بالاجماع السكوتي : أن السكوت في محل البيان بيان ، فما دام الرأى قد اشتهر بين المسلمين وعرف العامة والخاصة فالسكوت عنه دليل الموافقة والرضاء بما جاء فيه .

راجع : أبو حنيفة للشيخ محمد أبو زهرة ص ٣١٣ .

قال ابن حجر : والراجح ايقاع الثلاث للاجماع الذي انعقد في عهد عمر [1] .

وقال ابن قدامه[2] : ولم يصح عندنا في عصرهم خلاف قولهم فيكون ذلك اجماعاً[3].

وقال ابن الهمام [4] : فاجماعهم ظاهر لانه لم ينقل عن أحد منهم أنه خالف عمر رضي الله عنه حين امضى الثلاث [5] .

جاء في الفتاوى الخيرية [6]

سئل رجل: شخص طلق زوجته ثلاثاً مجتمعاً في كلمة واحدة فهل يقعن ام لا وهل اذا رفع الى حاكم حنفي المذهب يجوز له تنفيذ الحكم بعدم الوقوع أصلاً او بالوقوع واحدة او يجب عليه أن يبطله وهل اذا انفذه ينفذ أم لا ؟ ...

أجاب : ...

نعم يقعن الثلاث في قول عامة العلماء المشهورين من فقهاء الامصار ولا عبرة بمن خالفهم في ذلك او حكم بقول مخالفهم ، والرد على المخالف القائل بعدم وقوع شيء ، او وقوع واحدة فقط مشهور . واذا حكم حاكم بعدم وقوع الطلاق المذكور لا ينفذ

---

(١) فتح الباري ٢٩٩/٩ .

(٢) هو الامام موفق الدين أبو محمد عبد الدين أحمد بن محمد ابن قدامه . ولد في نابلس بفلسطين سنة ٥٤١ ثم هاجر إلى دمشق . درس القرآن وسائر العلوم ثم رحل إلى بغداد فقرأ مختصر المازني على الشيخ عبد القادر الجيلاني رحمه الله .

كانت له امامة الفقه الحنبلي في عصره وكتب مؤلفات عدة بلغت ثلاثين كتاباً في الفقه والحديث وعلوم القرآن توفي في دمشق سنة ٦٢٠ هـ .

(٣) المغني ١٢٤/٨

(٤) محمد بن عبد الواحد كمال الدين المشهور بابن الهمام ولد في الاسكندرية عام ٧٨٨ حنفي المذهب غير متعصب لمذهبه . له آراء اجتهادية خالف فيها مذهبه .

بلغ مرتبة الاجتهاد كما ذكر ابن عابدين في حاشيته له تصانيف كثيرة في الفقه والاصول .

أشهر كتبه فتح القدير وهو شرح متن الهداية . والتحرير في الاصول توفي سنة ٨٦١ راجع الفوائد البهية ص ١٨٠

(٥) فتح القدير ٢٦/٣ .

(٦) الفتاوى الخيرية ٤٣/٢ .

حكمه ، كما هو مسطور – ففي الخلاصة وكثير من كتب علمائنا التي لا تعد لو قضى فيمن طلق امرأته ثلاثاً جملة انها واحدة أو بأن لا يقع شيء لا ينفذ .

وفي التبيين وغيره في كتاب القضاء ، ان القضاء بمثل ذلك لا ينفذ بتنفيذ قاض آخر ، ولو رفع الى الف حاكم ونفذ لان القضاء وقع باطلاً لمخالفته الكتاب او السنة او الاجماع فلا يعود صحيحاً بالتنفيذ .

* * *

مناقشة أدلة الجمهور

١ ــ أما حديث ابن عمر :

فقد طعن المخالفون في متنه وسنده . أما المتن فقالوا ان فيه زيادة لم تأت بها باقي الروايات ، وهي موضع الاستدلال ، بل هي مما انفرد به عطاء الخراساني وهي قوله : لو طلقتها ... [١]

وقال البيهقي : بعد أن روى هذا الحديث ، وهذه الزيادات انفرد بها شعيب وقد تكلموا فيه [٢] .

كما انهم رووا هذا الحديث برواية أخرى : ان النبي عليه السلام احتسبها طلقة واحدة وأمر ابن عمر أن يراجعها [٣] .

وأما من حيث السند فقال ابن حزم [٤] : « وأما حديث ابن عمر ففي غاية السقوط لأنه عن رزيق ابن شعيب بن رزيق وهو ضعيف » [٥]

٢ ــ وأما حديث عويمر العجلاني :

فلا حجة فيه لان الزوجة تبين باللعان فطلاق الثلاث وقع على غير محل اذ بانت قبل

---

(١) الفتح الباري ٣٩٨/٩ .

(٢) نيل الاوطار ٢٢٨/٦ زاد المعاد ٥٨/٤ إغاثة اللهفان ٣١٨/١ .

(٣) من الروايات التي لم تذكر الزيادة ما روى عن ابن عمر أنه طلق امرأته ثلاثاً وانه عليه السلام أمره بمراجعتها واحتسبت له واحدة – تفسير القرطبي ١٢٩/٣ .

(٤) ابن حزم أبو محمد علي بن سعيد بن حزم بن غالب بن صالح . أصله من فارس . ولد بقرطبة سنة أربع وثمانين وثلثمائة كان عالماً بعلوم الحديث وفقهه ، مستنبطاً للاحكام من الكتاب والسنة . بعد أن كان شافعي المذهب ، انتقل إلى مذهب أهل الظاهر .

من مؤلفاته : المحلى ، الاحكام لأصول الاحكام . الفصل في الملل والاهواء والنحل .

(٥) المحلى ١٧٠/١٠

الطلاق فأي اقرار من النبي عليه السلام حتى يعتبر حجة في ايقاع الطلقات الثلاث [1].

وأما قولهم في سكوته عدم انكار . فقد أجاب السرخسي بجوابين : [2]

١ ـ انما ترك (النبي) الانكار على العجلاني في ذلك الوقت شفقة عليه لعلمه انه لشدة الغضب ربما لا يقبل قوله فيكفر فأخر الانكار الى وقت آخر وأنكر عليه في قوله فلا سبيل لك عليها .

٢ ـ أو كراهة ايقاع الثلاث لما فيه من سد باب التلاقي من غير حاجة وذلك غير موجود في حق العجلاني لان باب التلاقي بين المتلاعنين منسد ما داما مصرين على اللعان والعجلاني كان مصراً على اللعان .

٣ ـ وحديث محمود بن لبيد :

أجابوا : ان الرواية التي أجمع عليها الحفاظ الذين نقلوها لا دلالة فيها ، أكثر من ان النبي عليه السلام : قام غضباناً وقال : أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم . فهل يعقل ان يجيز رسول الله عمل من يلعب بكتاب الله عز وجل .

قال صاحب سبل السلام [3] ومما يدل على عدم مشروعية الثلاث ما أخرجه سعيد ابن منصور بسند صحيح عن انس ان عمر كان اذا أتـي برجل طلق امرأته ثلاثاً اوجع ظهره ضرباً ، وكأنه أخذ تحريمه من قوله صلى الله عليه وسلم : أيلعب بكتاب الله ...

وأما الزيادة التي هي موضع الاستدلال فقال عنها ابن القيم [4]: « هذه اللفظة موضوعة لا تروى في شيء من طرق هذا الحديث البتة ، وليست في شيء من كتب الحديث ، وانما هي من كيس هذا القائل حمله عليها فرط التقليد ، ومع هذا فان محمود بن لبيد لم يذكر ما جرى بعد ذلك من امضاء اورد الى واحدة .

---

(١) اختلف الفقهاء في اللعان هل تبين به الزوجة أم لا بد من تفريق الحاكم أم تبين بمجرد لعان الزوج على ثلاثة أقوال وسيأتي تفصيل ذلك في موضعه .

(٢) المبسوط ٦/٥ .

(٣) سبل السلام ٣/٢٣٣ .

(٤) اغاثة اللهفان ١/٢٩٧

ومن حيث السند فقد قال ابن حزم بعد أن روى الحديث المذكور : [1] انه مرسل ولا حجة في مرسل [2].

حديث عبادة بن الصامت :

وأما حديث عبادة الذي استدلوا به على وقوع الطلاق الثلاث فغير صحيح .

قال ابن حزم « وأما حديث عبادة بن الصامت ففي غاية السقوط لأنه إما عن طريق يحيى بن العلاء وليس بالقوى عن عبيد الله بن الوليد الوصافي وهو هالك عن ابراهيم بن عبيد الله بن عبادة بن الصامت وهو مجهول لا يعرف ثم هو منكر جدا لأنه لم يوجد قط في شيء من الآثار ان والد عبادة رضي الله عنه أدرك الاسلام فكيف جده وهذا محال بلا شك . [3] »

حديث فاطمة بنت قيس :

وردوا حديث فاطمة بنت قيس بأنه مضطرب فقد جاء بروايات عدة والفاظ مختلفة [4] .

روى مسلم في صحيحه عن عبيد الله بن عتبة : ان ابا عمرو بن حفص بن المغيرة خرج مع علي بن أبي طالب الى اليمن ، فأرسل الى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة

---

(١) المحلى ١٠/١٦٧ .

(٢) الحديث المرسل هو ما يترك فيه التابعي اسم الصحابي الذي وصل اليه الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم فيقول التابعي قال رسول الله .

والفقهاء على خلاف في قبول الحديث المرسل أو عدم قبوله .

والمرسل عند الشافعي مقبول بشرطين :

١- أن يكون راوي الحديث من كبار التابعين من التقوا بعدد من صحابة رسول الله كسعيد بن المسيب

٢- أن يؤيد بما يقوي الحديث المرسل :

١- بأن يروى بطريق آخر متصل .

٢- أو يرويه في معناه التبعة .

٣- أو يوافق بعض أقوال الصحابه وفتاويهم .

(٣) المحلى ١٠/١٦٨ .

(٤) اغاثة اللهفان ١/٣١٢

كانت بقيت من طلاقها ، وأمر لها الحارث بن هشام وعياش بن أبي ربيعة بنفقة فقالا لها : والله مالك نفقة الا ان تكوني حاملا — فأتت رسول الله فذكرت له قولهما . فقال : لا نفقة لك وساق الحديث ... [١]

وفي صحيح البخاري [٢] — أن فاطمة بنت قيس طلقها زوجها أبو حفص ابن عمرو آخر الطلقات الثلاث وأمر لها بتمر وشعير فاستقلت ذلك وشكت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال لها ليس لك سكنى ولا نفقة .

ويقول ابن القيم في زاد المعاد [٣] — الحديث جاء بخمسة الفاظ : طلقها ثلاث، طلقها البتة ، طلقها آخر ثلاث تطليقات ، وأرسل اليها بتطليقة كانت بقيت لها، وطلقها ثلاثا جميعاً .

واللفظ الخامس « طلقها ثلاثا جميعاً » من حديث خالد عن الشعبي ولم يقل ذلك عن الشعبي غيره مع كثرة من روى هذه القصة عن الشعبي [٤] .

وعلى هذا فالاستدلال بحديث فاطمة بنت قيس لا يصلح ان يكون حجة على وقوع الثلاث . ولان الروايات التي جاءت في البخاري ومسلم تشير الى ان تلك الطلقة كانت آخر الطلقات الثلاث فسقط الاستدلال .

---

(١) الحديث : فاستأذنته بالانتقال فأذن لها . فقالت أين يا رسول الله ؟ فقال إلى ابن أم مكتوم ، وكان أعمى ، تضع ثيابها عنده ولا يراها فلما مضت عدتها أنكحها أسامة بن زيد فأرسل اليها مروان قبيصة ابن ذؤيب يسألها عن الحديث فحدثته به ، فقال مروان : لم نسمع هذا الحديث إلا من امرأة ستأخذ بالعصمة التي وجدنا الناس عليها ، فقالت فاطمة حين بلغها قول مروان فبيني وبينكم القرآن ، قال الله عز وجل ، « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة . » قالت هذا لمن كانت له مراجعه فأي أمر يحدث بعد الثلاث ؟ . فكيف تقولون لانفقة لها اذا لم تكن حاملا . فعلام تحبسونها ؟ رواه أحمد وأبو داوود والنسائي .

(٢) صحيح البخاري ٣٩٣/٩ .

(٣) زاد المعاد ٩٨/٤ .

(٤) جاء في زاد المعاد : عن مجالد وهو خطأ صححه العلامة الكوثري رحمه الله راجع الاشفاق في أحكام الطلاق .

وجاء في فتح الغفار بشرح المنار لابن نجيم الحنفي[1] ان حديث فاطمة من قبيل الشاذ لا يعمل به .

وأما دعواهم الاجماع :

فالاجماع لم ينعقد على وقوع الطلاق الثلاث ثلاث طلقات في أي عصر كان ، فقد رأينا المذاهب التي خالفت ذلك كما نقلنا آراء الصحابة والتابعين الذين قالوا بوقوع الطلاق واحدة مهما اقترن به من عدد .

وقولهم ان الاجماع انعقد في عهد عمر معناه : ان الطلاق الثلاث كان يقع واحدة قبل عهد عمر ثم ظهر ناسخ لدى عمر خفى عمن قبله فانعقد الاجماع على ذلك .

أما ظهور ناسخ فقد بينا بطلان هذا القول لأنه ليس من المعقول ان يخفى ناسخ على جمهور الصحابة في أمر له صلة في كل أسرة ولدى كل بيت .

وأما في الاجماع نفسه فكل ما قيل انه لم يعرف مخالف لما أجمع عليه الصحابة في عهد عمر ولكننا نقول ان عدم العلم بالمخالف لا يعني العلم بانتفاء المخالف ، وعدم العلم ليس بعلم حتى يحتج به ، هذا اذا لم يعلم مخالف فكيف اذا علم المخالف ؟ ..

ويقول ابن حجر في فتح الباري ... تعليقاً على ما جاء في صحيح البخاري : باب من جوز الطلاق الثلاث...يقول هذا اشارة الى ان من السلف من لم يجوز وقوع الطلاق الثلاث [2]

كما يقول في محل آخر بعد أن ذكر آراء عدد كبير من الفقهاء الذين قالوا بالوقوع واحدة :

والعجب من ابن التين حيث جزم بأن لزوم الثلاث لا اختلاف فيه مع ثبوت الاختلاف كما ترى .

---

(١) فتح الغفار ٨٤/٢ .
(٢) فتح الباري ٢٩٦/٩ .

وقال شيخ المفسرين الرازي في تفسير قوله تعالى الطلاق مرتان [1] .

« ... وهو اختيار كثير من علماء الدين أنه لو طلقها اثنين او ثلاثا لا يقع الا الواحدة. وهذا القول هو الاقيس لان النهي يدل على اشتمال المنهى عنه على مفسدة راجحة ، والقول بالوقوع سعي في ادخال تلك المفسدة في الوجود وأنه غير جائز فوجب ان يحكم بعدم الوقوع . »

* * *

---

(١) تفسير الرازي ٢/٢٥٢ .

ما نراه في هذا الموضوع

بعد أن ناقشنا أدلة الطرفين سأبدي ملاحظات سريعة حول النقط التالية :

١ ـ الاحاديث الواردة في هذا الموضوع .

٢ ـ في دعوى الاجماع .

٣ ـ في اجتهاد عمر رضي الله عنه .

اولاً ـ في الاحاديث الواردة في الموضوع :

صحة الحديثين في وقوع الثلاث واحدة :

مهما قيل في الروايات التي رواها الجمهور ومخالفوهم فلدينا حديثان صحيحان عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : حديث في صحيح مسلم وحديث في مسند احمد . في أن الطلاق المتعدد لا يقع الا واحدة .

فالحديث الأول ، حديث ابن عباس ، لم يطعن به العلماء في متنه ولا في سنده بأمر يصلح أن يكون حجة ، اللهم الا مسالك سلكوها بتأويلات بعيدة عن المعنى المراد . وكل ذلك في رأي لتبرير اجتهاد عمر رضي الله عنه ، حتى ان الامام احمد لما سأله الاثرم عن حديث ابن عباس بأي شيء ترده قال له الامام احمد، برواية الناس عن ابن عباس من وجوه خلافه .

فهذا الامام احمد يعترف بصحة الحديث ، انما تركه لان راويه أفتى بخلاف ذلك ، وقد بينا أقوال الفقهاء بمخالفة الراوي لفتواه .

وقد ذكر ابن القيم [1] ان أصل مذهب احمد أن الحديث اذا صح لم يرده لمخالفة راويه له . فعلى اصول مذهب احمد : يخرج له قول : ان الثلاث واحدة ، حيث صرح بأنه ترك الحديث لمخالفة الراوي ، وذكر في عدة مواضع اخرى ، ان مخالفة الراوي لا توجب ترك الحديث ، وعلى هذا يكون له في المسألة قولان .

وأما الحديث الثاني ، حديث ركانه ، فقد بينا صحته ، وقلنا ان كل من طعن به ، فقد طعن برواية ابي داود لأن فيها مجهولا لا تصح الرواية عنه . ونحن رويناه بما جاء في مسند احمد وبسند صحيح .

اذا صح الحديث فهو مذهبي :

وقد اتفق الفقهاء على ان الحديث اذا صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو المرجع وكل ما خالفه لا عبرة به من اقوال المذاهب .

قال ابن عابدين : [2] « اذا صح الحديث وكان على خلاف المذهب عمل بالحديث ويكون ذلك مذهبه ولا يخرج مقلده عن كونه حنفيا بالعمل به فقد صح عنه انه قال : اذا صح الحديث فهو مذهبي . »

وقد حكى ذلك ابن عبد البر عن أبي حنيفة وغيره من الأئمة [3] ا هـ .
ونقله الامام الشعراني عن الأئمة الاربعة .

ونقل الاجهوري والخرشي في شرحيهما على مختصر خليل عن معن بن عيسى قال سمعت مالكا يقول : — انما انا بشر أخطىء وأصيب فانظروا في رأيي ما وافق الكتاب والسنة فخذوا به وما لم يوافقهما فاتركوه .

وحكى ابن القيم في اعلام الموقعين ان الربيع قال : سمعت الشافعي يقول : كل مسألة يصح فيها الخبر عن رسول الله عند أهل النقل بخلاف ما قلت فأنا راجع عنها في حياتي وبعد مماتي .

---

(١) اعلام الموقعين ٣/٤٦
(٢) حاشية ابن عابدين ١/٦٣ .
(٣) نقل ذلك أبن عبد البر في : جامع بيان العلم ونقله مختصر الجامع ص ١١٢

ونقل امام الحرمين في نهايته عن الشافعي انه قال : اذا صح خبر يخالف مذهبي فأتبعوه واعلموا انه مذهبي .

ما خالف به الفقهاء لصحة أحاديث :

جاء في شرح السنة وهو مخطوط بدار الكتب المصرية في الجزء الثالث برقم ٢٧٤ حديث : للامام ظهير الدين ابو محمد الحسين البغوي المتوفي سنة ٥١٦ وهو من أئمة الشافعية [١] يقول في باب : المرأة لا تخرج الا مع محرم . بعد ان ساق حديثا متفقا على صحته قال : « قلت هذا الحديث يدل على ان المرأة لا يلزمها الحج اذا لم تجد ذا محرم يخرج معها وهو قول النخعي والحسن البصري وبه قال الثوري وأحمد واسحاق وأصحاب الرأي . وذهب قوم الى انه يلزمها الخروج مع جماعة من النساء وهو قول مالك والشافعي « والاول اولى لظاهر الحديث » فانظر كيف رجح البغوي خلاف مذهبه حين صح لديه الحديث .

ومثل ذلك فعل الغزالي حين رجح رأي مالك على رأي الشافعي في بعض الأمور لصحة الحديث برواية مالك. قال في الاحياء[٢]وقال: كنت اود أن يكون مذهبه كمذهب مالك رضي الله عنه في ان الماء وان قل لا ينجس الا بالتغيير للحاجة الماسة اليه ... وقال : و من أول عصر رسول الله الى آخر عصر أصحابه لم تنقل واقعة في الطهارة ولا سؤال عن كيفية حفظ الماء عن النجاسات وقد توضأ عمر رضي الله عنه بما في جرة نصرانية وهذا كالصريح في أنه لم يعول الا على عدم تغير الماء .

هذه كلها أدلة واضحة على ان العبرة بصحة الحديث لا برأي المذهب وان أي امام مهما علت منزلته اذا خالف رأيه الحديث الصحيح فالعبرة بحديث رسول الله وقد صح لدينا حديثان في ان وقوع الطلقات المتعددة لا يقع الا واحدة . وقد اوردنا بعض التطبيقات العملية على ذلك .

---

(١) مخطوط رقم ٢٧٤ حديث . دار الكتب المصرية .
(٢) الاحياء ١٢٨/١ .

ثانيا : في الاجماع :

قلنا في مناقشة أدلة الجمهور أن الاجماع لم ينعقد على وقوع الطلاق الثلاث ثلاث طلقات .

ولا يزال الخلاف بين رجال الفقه حتى عصرنا هذا وحتى بعد صدور قوانين البلاد العربية التي نصت صراحة على وقوع الثلاث واحدة ، واني أنقل آراء جمهرة من فقهائنا المعاصرين .

من قال بوقوع الثلاث واحدة من المعاصرين :

ويقول الاستاذان الجليلان فضيلة الشيخ محمود شلتوت شيخ الجامع الازهر ، والشيخ محمد السايس [1] .

« وانك لو قطعت النظر عن كل ما ورد في المسألة من نصوص واستقبلتها استقبالا منظوراً فيه الى الاثار المترتبة على كل من الفرضين ، يتبين لك واضحاً ، ان القول بوقوعها واحدة أقل مفسدة من القول بوقوعها ثلاثا ، والقاعدة المحكمة في مثل هذا عند جميع العلماء وكما تقضي به الشريعة ان يرتكب أخف الضررين وأقلهما إفساداً » .

يقول المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف [2] — بعد أن ذكر ما ذهب اليه القانون من أن الطلاق الثلاث واحدة ... « وفي الاخذ به صيانة لرابطة الزوجية من العبث وحمل الازواج على اتباع السنن المشروع لايقاع الطلاق مرة بعد مرة » .

وقال المرحوم فضيلة الاستاذ المراغي شيخ الازهر سابقاً [3] — بعد أن ذكر حجج الجمهور ومخالفيهم وما جاء به القانون — « فالمسألة خلافية ، ودعوى الاجماع فيها غير صحيحة . والقائلون بوقوع الطلقة الواحدة أئمة يجوز تقليدهم والدليل ينصرهم ، فالقول بهذا كما في القانون لا يعد خروجا على الدين . »

---

(١) مقارنة المذاهب ص ٨٩ .

(٢) الاحوال الشخصية ص ١٤٤ .

(٣) مشروع الزواج والطلاق ص ٨٥ ط الثانية ١٩٣٨

من قال بوقوع الطلقات الثلاث ثلاثا من المعاصرين :

قال فضيلة الاستاذ الدكتور الشيخ عبد الرحمن تاج شيخ الجامع الازهر سابقاً [1] .

بعد أن أورد حجج الجمهور ورد عليهم « ولكن الحكم بأن الثلاث واحدة لم تنهض له الحجة ، ولم يسلم له دليل » .

وقال استاذنا الجليل الشيخ علي قراعة [2] — رئيس المحكمة العليا الشرعية سابقاً — وهو من أشد المتحمسين ضد القانون في جعله الطلقات الثلاث طلقة واحدة — بعد أورد حجج ابن القيم ورد عليها قال :

« ان من يلاحظ ذلك يجب ان يقول ان الواجب الان هو التشديد على المطلقين بتنفيذ أقوالهم واعتبار ما أوقعوه من الطلاق الثلاث ، على حسب ما أوقعوه ، لا أن يخفف عنهم ويعتبر الطلاق الثالث واحدة . لهذا أرى أن أساس هذا الرأي لا يتفق والوقت الحاضر وان الواجب هو الرجوع الى ما فعله عمر لا أن يترك ويقال خلافه مع ظهور ضعف الرأي المخالف .

هذا هو الرأي الفقهي الذي أراه واجب الاتباع فيما يتعلق بايقاع الطلاق الثلاث جملة واحدة . »

والخلاصة : ان الاجماع انعقد على وقوع الثلاث واحدة قبل عصر عمر رضي الله عنه ، ولم ينعقد على الوقوع ثلاثا حتى الان .

فالطلاق الثلاث كان لا يقع الا واحدة في عصر النبي عليه السلام وعصر أبي بكر وسنتين من خلافة عمرولم يخالف احد في ذلك من الصحابة ، فانعقد الاجماع على ذلك وهو أن من طلق زوجته ثلاثا لا يقع الا واحدة .

وقد استمر الاجماع على ذلك ولم ينقرض عصر المجمعين ، حتى جاء عمر فألزم الناس بوقوع الثلاث وخالفه بذلك ابن عباس وغيره ، واستمر الخلاف بين فقهاء الصحابة والتابعين وفقهاء المذاهب حتى عصرنا هذا .

---

(١) الاحوال الشخصية ص ٢١٤ .
(٢) فقه القرآن والسنة ص ٤٣ .

نقل صاحب الدر المنتقى عن القهستاني والتمر تاشي : [1] « واعلم انه كان في الصدر الاول اذا ارسل الثلاث جملة لم يحكم الا بوقوع واحدة الى زمن عمر رضي الله تعالى عنه ثم حكم بوقوع الثلاث سياسة لكثرته بين الناس . »

وقال صاحب مجمع الانهر تعليقا على ذلك بعد أن ذكر النص السابق : « ثم حكم بوقوع الثلاث لكثرته بين الناس تهديدا . »

ثالثا ـ ما نراه في اجتهاد عمر :

١ ـ لولي الامر في الاسلام حق التدخل في شئون النكاح والطلاق فله أن يزوج من يعضلها وليها عن الزواج ، وهو ولي من لاولي لها ، كما له أن يفرق بين الزوجين في حالات نص عليها الشارع وما ذاك الا لاهمية هذا العقد المقدس في الشريعة الاسلامية حيث تتعدى آثاره الزوجين الى المجتمع الكبير بأسره أن خيراً فخير وان شرا فشر .

جاء عمر وهو الذي عرف بالفقه الاسلامي بالمجتهد الجريء فرأى الناس يرتكبون المحرم حين يطلقون ثلاثا فنهاهم فلم ينتهوا لأن الحرمة في ايقاع الثلاث حرمة ديانية تتراوح بين المد والجزر حسب الظروف والبيئات . ولهذا بدأ عمر يؤدب من يطلق ثلاثا بضربه بينما لم نجد الا القليل جداً في عصر النبي من طلق ثلاثاً وكان النبي عليه السلام يستنكر هذا ولم ينقل لنا أنه عزر احداً بفعله .

جاء عمر فبدأ يعزر من يخالف شرع الله في الطلاق وتواترت الروايات عنه انه كان اذا أتى برجل طلق امرأته ثلاثا ضربه وحلق رأسه وعزره [2] .

ولما لم تفد هذه العقوبة في ردع الناس عن ارتكاب المحرم في طلاقهم قرر عمر أن يزيد العقوبة كما زادها من مجرد الاستنكار في عصر النبي الى الضرب في بداية حكمه وولي الأمر يملك زيادة العقوبة . فعقوبة شرب الخمر كانت أربعين جلدة فجاء عمر فجعلها ثمانين ، وليس هذا تغييراً لحكم الله انما هو تفسير لحكم الله ، لان احكام الله ، جاءت

---

(١) مجمع الانهر ١٠/٣٨٢ .

(٢) جاء في متن القدوري ٢/٣١ وكان عمر رضي الله عنه لا يؤتى برجل طلق الا اوجعه ضربا .

لتحقيق مصالح الناس ولردع الجناة عن الآثام والجرائم والذنوب ، فاذا لم تفد عقوبة في عصر ما فيما عدا ما نص عليه بنصوص قطعية ، فللقاضي ان يزيد العقوبة تحقيقا للمصلحة[1] .

لم يجد عمر وسيلة لردع الناس عن ارتكاب هذه المخالفة في طلاقهم الا حرمانهم من مراجعة زوجاتهم اذا ما أوقعوا الطلاق على غير ما شرع الله ولهذا الزمهم بالثلاث وقال لهم من طلق على خلاف ما شرع الله فطلق ثلاثا فعقوبته عدم مراجعة زوجته حتى تنكح زوجا غيره .

فاجتهاد عمر فيما خالف به سلفه ليس جديداً في تاريخنا الفقهي فقد خالف الصحابة في تقسيم اراضي العراق[2] . وفي عقوبة شارب الخمر[3] .

---

(١) جاء في الفروع فتوى لابن القاسم تدل على أن المفتي له أن يراعي حال المستفتي فيفتيه حسب ما يراه ان كان الامر اجتهادياً وله أكثر من حل . فقد جاء في الحلف بالنذر أن الحالف مخير بين التكفير والامضاء فاذا قصد العقوبة لئلا يفعل ذلك أمر بالامضاء – قال ابن القاسم لابنه : قد أفتيتك بقول الليث وان عدت أفتيتك بقول مالك » . فعبد الرحمن بن القاسم إمام في الفقه والدين فرأى سائغاً له أن يفتي ابنه ابتداء بالرخصة فان عاد واصر على فعل ما نهى عنه أفتاه بالشدة وهذا بعينه هو التعزير في بعض المواضع التي يكون فيها إما بالايجاب وإما بالتحريم فان العقوبة بالايجاب كالعقوبة بالتحريم « الفروع » ١٨٠/١ .

(٢) قسمة الاراضي التي فتحها المسلمون في العراق هي من القضايا الاجتهادية التي اجتهد بها عمر رضي الله عنه .

فلقد نص القرآن الكريم على أن خمس الغنائم لبيت مال المسلمين يوزع كما جاء في الآية الكريمة : « واعلموا أن ما غنمتم من شيء فان لله خمسه، وللرسول ، ولذي القربى ، واليتامى والمساكين وابن السبيل » .

اما بقية الاخماس فيأخذها المجاهدون كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم وكما تدل عليه الآية الكريمة . ولما فتح المسلمون العراق وجد عمر بثاقب بصره ان الاراضي اذا وزعت على المسلمين المجاهدين فسيأتي يوم لا يجد فيه المسلمون مالا يكفي للمصالح العامة كتجهيز الجيوش فقال اذا قسمت ارض العراق بعلوجها وارض الشام بعلوجها فما يسد به الثغور ؟ .. وما يكون للذرية والارامل ؟... وبعد ان استشار عمر صحابة رسول الله ، حبس الاراضي التي غنمها المسلمون فتركها في يد اهليها يؤدون عنها الخراج . راجع الخراج لابي يوسف ط القاهرة ١٣٥٢ ص ٢٣ ، الاموال لابي عبيد بن سلام ص ٥٨ ط حجازي ١٣٥٣ المدخل لاصول الفقه للدكتور الدواليبي ص ٨٠ .

(٣) كان حد شارب الخمر في زمن النبي صلى الله عليه وسلم اربعين جلدة . ثم جاء عمر فرأى الناس استخفوا في شرب الخمر وعقوبته فجعلها ثمانين جلدة . الموافقات ٣/٤ . الثقافة الاسلامية ص ١٧٥ . معالم معالم السنن للخطابي ص ٢٣٧ .

كما ان اجتهاداته التي بناها على المصلحة العامة أكثر من ان تعد وتحصى من انشاء الدواوين وايجاد سجون للمجرمين ومن حرقه قصر سعد بالكوفة لما احتجب عن الرعية ومن نفيه نصر بن حجاج [1] .

٢ ـ ولكن قد يقول قائل ان هذه عقوبات عامة لا تتناول شئون الاسرة التي هي بين زوجين في بيت واحد لها أحكام مقننة مفصلة. وللجواب على ذلك نأتي بأمثلة تتعلق بالزواج والطلاق :

فعمر رضي الله عنه أمر غيلان بن سلمه الثقفي حينما طلق زوجاته ليمنعهنّ من الميراث حيث وزع ماله على بنيه فأمره أن يراجعهن وأرسل اليه « وايم الله لتراجعنّ نساءك ، ولترجعن في مالك ، اولا ورثهن منك ولآمرن بقبرك فيرجم » [2] .

وقد فرق عمر بين كل من طلحة وحذيفة وزوجتيهما الكتابيتين وقال : لا أحرمه ولكني أخشى الاعراض عن الزواج بالمسلمات . فزواج المسلم بالكتابية مباح على ما ذهب اليه جمهور المسلمين ومع هذا فقد رأى عمر أن من المصلحة منع مثل هذه الزيجات بل وفسخها ان حصلت [3] . فاذا كان من يملك حق التفريق دون طلاق بين الزوجين، الا يملك التفريق بعد طلاق محرم فيجعله ثلاثا ؟ ..

واذا خالف الزوج ما شرعه الله له من واجبات نحو الزوجة وقامت الزوجة تطالب بحقوقها فللقاضي ان يتدخل فيفرق بينهما ولو أصر الزوج على عدم الطلاق اذا لم يراع الزوج حقوق زوجته وما فرضه الشارع عليه .

كما ان الزوج اذا خالف أمر الله فقذف زوجته او ظاهر منها او حلف الا يقربها أربعة أشهر كان للقاضي حق التدخل فيمنع الزوج من العودة الى زوجته مثلا او يأمره بالطلاق او يفرق هو بينهما وان أصر الزوج على عدم الطلاق .

---

(١) نصر بن حجاج السلمي : كان من أجمل الناس ، أمره عمر بجز شعره كي لا تفتن به النساء فازداد جمالا ، فنفاه إلى البصرة . الاصابة في ترجمة الصحابة ص ٥٧٩ .

(٢) الاصابة في ترجمة الصحابة ١٩١/٣ .

(٣) تفسير القرطبي ٦٨/٣

وللتفريق بين الزوجين إذا رأى الحكمان ذلك هو ايضاً الزام بفرقة لم تصدر من الزوج لمصلحة رآها الحكمان بعدم امكان استمرار الحياة بين زوجين اشتد الشقاق بينهما .

٣ — ثم نحن اذا رجعنا الى عصر النبي عليه السلام نجد ان النبي الكريم فرق بين اناس وزوجاتهم عقوبة لهم حتى تاب الله عليهم وهم الثلاثة الذين خلفوا عن رسول الله في غزوة تبوك [١] . فقد عاقبهم النبي الكريم بأن فرق بين الزوج وزوجه وهي لا تزال تحت عصمته [٢] .

بل اذا ناقشنا المذاهب التي قالت بوقوع طلاق السكران لوجدنا حجتهم الاولى ان لم تكن الوحيدة ان ايقاع الطلاق على السكران عقوبة للسكران على سكره .

وهكذا نرى ان ولي الأمر يفرق بين الزوجين للمصلحة احيـــاناً كما فعل عمر مع طلحة وحذيفة وعقوبة تارة أخرى كما فعل عليه الصلاة والسلام مع الذين تخلفوا عنه في غزوة تبوك .

يقول استاذنا الدكتور مدكور [٣] — ان هذه السياسة تابعة دائماً لحاجات الناس متغيرة مع تغير تلك الحاجات ، ولهذا كثرت أحكامها وتباينت طرائقها وانتهت الى نظم تختلف باختلاف الولاة والبلاد والأمم [٤] .

٤— واذا كان لولي الامر او الشارع ان يجعل التفريق بين الزوجين عقوبة لامر لا علاقة له بأمور النكاح والطلاق أفلا يحق لولي الامر هذا ان يعاقب الزوج اذا مـــا

---

(١) هؤلاء الثلاثة كعب بن مالك ومراءة بن ربيعة العامري وهلال بن أميه الواقفي . وفيهم نزل قوله تعالى : « وعلى الثلاثة الذين خلفوا حتى اذا ضاقت عليهم الارض بما رحبت وضاقت عليهم أنفسهم وظنوا أن لا ملجأ من الله الا اليه ثم تاب عليهم ان الله هو التواب الرحيم » . سورة التوبة آية ١١٧ .

(٢) جاء في إمتاع الاسماع ٤٨٣/١ أن رسول الله أرسل اليهم مع حزيمة بن ثابت يأمرهم أن يعتزلوا نساءهم فقال كعب لامرأته الحقي بأهلك فكوني عندهم حتى يقضي الله في هذا الامر ما هو قاض .. ط دار التأليف والترجمة والنشر عام ١٩٤١ ص ٢٩٤ .

(٣) الاباحة في الفقه والقانون للدكتور مدكور ص ٣٠٠ .

(٤) مذكرات في السياسة الشرعية للشيخ علي الخفيف .

خالف شرع الله في الطلاق فطلق على خلاف ما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية ؟ .

وهكذا وجدنا عمر الزم الثلاث لمن جمعها بكلمة واحدة او بمجلس واحد او في أطهار متعددة ما دامت في العدة وحرمه من مراجعة زوجته حتى تنكح زوجاً غيره ، فحرمه من أمر مباح ولولي الامر ان يمنع المباح اذا ترتب عليه ضرر او مفسدة .

بل ان ولي الامر يتدخل حتى في الرجعة فيمنع الزوج من مراجعة زوجته او يجعل الرجعة معلقة على شرط الانفاق والقدرة عليه كما في التفريق للأعسار . فالقاضي يفرق بين الزوجين اذا امتنع الزوج عن الانفاق أو أعسر وطلبت زوجته التفريق لذلك ، فيأمره القاضي بالطلاق فإذا لم يفعل طلق القاضي عليه .

وهنا قال المالكية يمنع الزوج من مراجعة زوجته – والطلاق رجعي هنا – حتى يثبت يساره واستعداده للانفاق .

وفي موضوع الطلقات الثلاث يمنع ولي الامر من يطلق مخالفاً شرع الله في الطلاق من مراجعة زوجته حتى تنكح زوجاً غيره .

يقول الاستاذ المراغي في اجتهاد عمر رضي الله عنه [1] : حرم عليهم الرجعة إلا بعد زوج آخر والرجعة مباح من المباحات وليست بواجبة ، فهو لم ينه الناس عن واجب وانما نهاهم عن مباح للمصلحة وهي ردهم إلى ما كان عليه الناس زمن الرسول ، وقد رأى عمر رضي الله عنه ان من حق الامام ان يسلب عن السبب الوضعي الحكم المترتب عليه لمصلحة يراها ، فنهيه عن الرجعة جعل حكمها لا يترتب عليها ، وقد فعل عمر أموراً كثيرة لمصلحة الرعية .

ويقول أستاذنا فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه الجريمة والعقوبة [2] – الحقيقة ان ولي الامر عندما توجب المصلحة عليه ان يقيد امراً كان في أصله مباحاً هو في الحقيقة لا يعد مباحاً ... اذ وصف الاباحة قد زال .

٥ – وهنا نتساءل عن عمل عمر هذا هل هو عمل تشريعي له صفة الدوام أم هو من قبيل السياسة الشرعية يدور حول المصلحة ؟ .

---

(١) مشروع الزواج والطلاق ص ٨٣ .
(٢) الجريمة والعقوبة ص ٢٩٩ .

ان العمل التشريعي الذي له صفة الدوام اما ان يكون من الكتاب اوالسنة او الاجماع وقد رأينا الكتاب والسنة على ان الطلاق يجب ان يكون مرة بعد مرة ، ورأينا ان الاجماع لم ينعقد حتى نقول ان عمل عمر استمده من حجية الاجماع فالخلاف منذ عصر عمر حتى الآن ـ لا يزال قائماً [1] ـ فلم يبق الا القول بأن عمل عمر هذا كان من قبيل السياسة الشرعية .

والسياسة الشرعية كما يقول ابن عقيل [2] : السياسة ما كان فعلا يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح ، وأبعد عن الفساد ، وان لم يضعه الرسول ، ولا نزل به وحي فان أردت بقولك إلا ما وافق الشرع ، أي لم يخالف ما نطق به الشرع : فصحيح ، وان اردت : لا سياسة الا ما نطق به الشرع ، فغلط وتغليط للصحابة . فقد جرى من الخلفاء الراشدين من القتل والتمثيل مالا يجحده عالم بالسنن . ولو لم يكن الا تحريق عثمان المصاحف فانه كان رأياً اعتمدوا فيه على مصلحة الامة او تحريق علي رضي الله عنه الزنا دقة في الاخاديد »

ان لولي الامر في الاسلام سلطة التعزير وهذه تختلف حسب تقدير القاضي في كل عصر فقد يرى عمر أمراً لا يراه أبو بكر لان العصر اختلف ومتى كان الحكم اجتهادياً فلكل مجتهد رأيه .

وهنا ليس الامر اجتهادياً في رأيي لان عمر قام بذلك لاعلى انه قاض بل على انه خليفة للمسلمين أعطاه الله سلطة تسيير أمور الرعية حسب المصلحة .

والسياسة الشرعية تدور علة الاحكام فيها حول المصلحة ودرء المفسدة، من جهة

---

(١) ومما يؤيد وجود الخلاف في الطلاق الثلاث بين الصحابة ما رواه مالك في الموطأ ١٦٧/٣ : أن رجلا جاء إلى ابن مسعود فقال إني طلقت امرأتي ثماني تطليقات فقال ابن مسعود فماذا قيل لك قال قيل لي انها قد بانت مني فقال ابن مسعود صدقوا من طلق كما أمره الله فقد بين الله له ومن لبس على نفسه لبساً جعلنا لبسه ملصقاً به. لا تلبسوا على أنفسكم ونتحمله عنكم، هو كما يقولون.. وهذا دليل على أن للصحابة آراء في الموضوع الواحد يختلف بعضها عن بعض وإلا لأجابه أن زوجتك قد بانت منك دون استفسار عن رأي غيره .

(٢) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص ١٥ .

وتعتبر ملزمة بالنسبة للاجتهاد المختلف فيه [١] .

يقول القرافي في الفروق : ان حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف [٢] .

وقد كان أبو بكر جالساً فأتاه كتاب من خالد بن الوليد يقول فيه « انه وجد في بعض نواحي العرب رجل ينكح كما تنكح المرأة » فاستشار الصديق أصحاب رسول الله وفيهم علي بن أبي طالب فقال له : « ان هذا الذنب لم تعص به أمة من الامم الا واحدة ، فصنع الله بهم ما قد علمتم ، أرى ان يحرقوا بالنار » [٣] .

وهذا من قبيل تدارك الامر قبل استفحاله لاعقوبة على الزنا لان للزنا عقوبة مقدرة لا خلاف فيها ، بل خشية ان ينتشر هذا الوباء بين أفراد هذه القبيلة فقد رأى أبو بكر تغليظ العقوبة عليهم .

أردت من هذه الفكرة الأخيرة ان أقول أن سياسة عمر كان رائدها المصلحة حين كان المسلمون لا يراعون حق الله في الطلاق فيطلقون أكثر من طلقة مرة واحدة فألزمهم بالثلاث ومنعهم من الرجعة وذلك عقوبة لارتكابهم ماحرم الله .

أقول هنا اذا ما تغير العصر وأصبح الناس يرتكبون من الاثام ما لو علم به عمر لرجع عن رأيه.الا وهو التحليل وهو الوسيلة الوحيدة للمخرج من المأزق الحرج الذي الزموا به بوقوع الثلاث طلقات فهل نبقي على اجتهاد عمر ؟ ..

ان المسلمين اليوم اصبحوا يوقعون الطلقات الثلاث مرة واحدة فيندم احدهم على فعله فلا يجد وسيلة للرجوع إلى زوجته الا عن طريق محرم الا وهو الاتفاق مع شخص آخر عل شكل عقد صوري أمام شاهدين ليحلل له زوجته ، حتى اذا ما نال منها طلقها في اليوم الثاني .

---

(١) جاء في ختام تقرير مجلة الاحكام العدلية : فاذا أمر إمام المسلمين بتخصيص العمل بقول من المسائل المجتهد فيها تعين ووجب بقوله . وجاء في الفقرة الاخيرة من المادة ١٠٨١ : لوصدر أمر سلطاني بالعمل برأي مجتهد في مسألة لأن رأيه بالناس أرفق ولمصلحة العصر أوفق ، فليس للحاكم أن يعمل برأي مجتهد آخر مناف لرأي ذلك المجتهد واذا عمل فلا ينفذ حكمه .

(٢) الفروق للقرافي ١٠٣/٢ .

(٣) الطرق الحكمية ص ١٨ .

هذا حرام وحرام وحرام ولم تأت به شريعة الاسلام رغم كل ما قيل فيه لان عقد الزواج عقد أبدي يعقد بصفة الدوام لا لقصد التحليل [١] .

هذا الشر الذي وقع به المسلمون ترتب عليه من الاضرار مالا يخفى فاذا كان الباعث لدى عمر رضي الله عنه ان يمنع الناس من ارتكاب المحرم ديانة وهو جمع الثلاث أفيرضى عمر ان يرتكب الناس اليوم جريمة التحليل بين الزوجات والازواج ؟

ان عمر لم يقصد بعمله هذا تحريم الطلاق الرجعي ، وحاشا لله ان يفكر عمر بوضع العقبات في طريق الحياة الزوجية وعودها الى صفاءها ، انما كان القصد من عمر أن يمتنع الناس عن الطلقات الثلاث فجعل هذه العقوبة درعاً واقياً لا سهما نافذا .

هذه نقطة هامة في رأيي أريد ان أسوقها إلى أساتذتنا الذين يتحمسون لاجتهاد عمر والإبقاء عليه . ان عمر لم يفعل هذا للتضييق على الناس انما كانت غاية عمر ان يخشى الناس إذا هم اوقعوا الطلاق على خلاف شرع الله وحكمته ، ان يحال بينهم وبين زوجاتهم فلا تعود اليهم الا بعد زوج آخر فيمتنعون عن ايقاع الثلاث ويطلقون طلقة واحدة .

فهل تحقق ما أراده عمر ؟ ... هل امتنع الناس عن ايقاع الثلاث ؟ ...

الجواب لا ، لم يمتنع الناس ، بل لا يزال الكثير يطلق ثلاثا ، فما العمل اذن ؟ .... ان السياسة الشرعية التي تضع الحلول والانظمة قد تمر بتجارب فان هي حققت المأمول استمر ولي الامر بها والا رجع عنها أو عدل فيها أو غيرها .

قال ابن تيمية : ولو رأى عمر عبث المسلمين في تحليل المبانة لمطلقها ثلاثاً لعاد إلى ما كان عليه الأمر في عهد الرسول [٢] .

---

(١) وقال زفر من أصحاب أبي حنيفة : إن النكاح المؤقت ينعقد مؤبداً ويلغو شرط التوقيت . لأن النكاح اذا اقترن بشرط التوقيت كان الشرط باطلا والعقد صحيحاً. والجمهور على انه لا فرق في التحريم بين نكاح المتعة وبين النكاح المؤقت الذي يعقد لمدة معينة ولغرض معين فكلاهما عقد غير صحيح وان كان الفرق بينهما يبدو في وجود الشاهدين في العقد المؤقت وعدم وجوده في عقد المتعة .

(٢) راجع علم أصول الفقه للاستاذ عبد الوهاب خلاف ص ١٣ مطبعة النصر ١٣٦٤ .

ولهذا ان صح ما نقله ابن القيم من أن عمر رجع عن قوله كان دليلا لما قلته ان السياسة الشرعية تدور حول المصلحة فان هي حققتها استمرت والا فيجب ان تتغير .

قال الحافظ ابو بكر الاسماعيلي في مسند عمر : أخبرنا ابو يعلى حدثنا صالح بن مالك حدثنا خالد بن يزيد بن مالك عن أبيه قال : قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : ما ندمت على شيء ندامتي على ثلاث : ان لا أكون حرمت الطلاق . وعلى ان لا اكون انكحت الموالى ، وعلى ان لا اكون قتلت النوائح [1] .

واذا كان حرص عمر على ان لا يرتكب الناس في عصره المحرم ديانة بايقاعهم الثلاث مجموعة فحرمهم من الرجعة وهي أمر مباح .

أفلا يكون حرص المسلمين اليوم أشد على أن لا يرتكب الناس جريمة التحليل حينما نوقع عليهم الطلقات الثلاث لتعود زوجاتهم اليهم .

ان في الرجوع الى اعتبار الطلقات الثلاث طلقة واحدة رجوع الى ما كان عليه النبي عليه السلام وعصر أبي بكر وبداية عهد عمر ، وان في العدول عن الالزام بالثلاث تحقيق الى ما رمى اليه عمر باجتهاده من جلب المصلحة ودفع المفسدة لان السياسة الشرعية تدور حولهما .

* * *

---

(١) الاغاثة ١/٣٣٦ . جاء في طبقات ابن سعد ٧/١٦٦ ترجمة يزيد بن أبي مالك انه مات سنة ١٣٠ عن ٧٢ سنة .

طلاق الثلاث في قوانين البلاد العربية

مصر : جاءت المادة الثالثة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ :
الطلاق المقترن بعدد لفظا او اشارة لا يقع الا واحدة .

ومن الجدير بالذكر ان الحكم السائد قبل صدور قانون ١٩٢٩ في مصر كان يعتبر الطلقات الثلاث مستمدا من مذهب الامام ابي حنيفة والذي هو مذهب الأئمة الاربعة ٩ — فقد جاء في المادة ٢٣٩ من قانون الاحكام الشرعية لقدري باشا :

وان قال لها انت طالق ثلاثاً او اشار اليها بثلاث اصابع قائلا انت طالق هكذا بانت بينونة كبرى .

السودان : الطلاق الثلاث يعتبر طلقة واحدة رجعية . المنشور الشرعي السوداني رقم ٤١ سنة ١٩٣٥ .

المغرب : الفصل ٥١ :
الطلاق المقترن بعدد لفظا او اشارة او كتابة لا يقع الا واحدا .

سوريا : م ٩٢ : الطلاق المقترن بعدد لفظا او اشارة لا يقع الا واحدا .

الاردن : م ٧٢ : الطلاق المقترن بعدد لفظا او اشارة لا يقع الا واحدة .

العراق : م ٣٧ف ٢ — الطلاق المقترن لفظا او اشارة لا يقع الا واحدة (لعل كلمة بعدد سقطت بعد المقترن سهوا) .

تونس : لا نص في الموضوع وكل ما وجدته : الفصل ٣٠ : لا يقع الطلاق الا

لدى المحكمة.ولا ندري هل يحكم القاضي بالمذهب المالكي في عدد الطلقات حيث لا نص في القانون ام انه يساير الشارع — وهذا ما نرجحه — في تقييده الطلاق حيث جعله بيد الحاكم فلا يحكم باكثر من طلقة .

لبنان : م ١٠٨ : الزوج يملك تطليق الزوجة ثلاث مرات . والنص غير صريح والمذهب السائد هو الحنفي والمرجع فيما لا نص فيه .

م ٢٢٤ : من الاحكام الجعفرية في العراق :

ولو اوقع الثلاث من دون رجعة فلا يحسب الا واحدة .

م ١٢٩ : من قانون الجعفرية في لبنان :

اذا قال الرجل لزوجته : انت طالق ، انت طالق ، انت طالق . او قال انت طالق ثلاثاً قاصداً بذلك ثلاث طلقات يقع الطلاق واحداً فحسب .

ونلاحظ على الأحكام الجعفرية في هذه المادة هو ان مفهوم الرجعة غير واضح تماماً فان مجرد الرجعة لا تكفي في المذهب الجعفري بل لا بد من المواقعة بعد كل مراجعة والا فلا يقع اكثر من واحدة ولو راجعها وطلقها أكثر من مرة او للمرة الثالثة لان المواقعة شرط لا يقاع الطلقة الثانية بعد المراجعة .

وليس في نص المادة ما يشير إلى ذلك ولكن ما دام مصدر القانون هو المذهب الجعفري كان لا بد من مراعاة حكم هذه المادة بالمفهوم الصحيح للمراجعة .

ومن ناحية ثانية نأخذ على هذه المادة الغموض من حيث عدم التفرقة بين الطلقات المجموعة بكلمة واحدة وبين الطلقات المتكررة في مجلس او مجالس ، وقد يكون لهذه التفرقة عدم الفائدة في غير المذهب الامامي لولا وجود الخلاف في جمع الطلقات بكلمة واحدة وان طائفة من الجعفرية تقول بعدم الوقوع مطلقاً — وعلى كل حال فنحن نرى ان مراد المشرع عدم التفرقة بينهما .

لهذا كنت افضل ان تشير هذه المادة إلى مفهوم المراجعة كما نصت عليه كتب المذهب الامامي ، وان توضح المراد بكلمة الثلاث هل هي متفرقة او مجموعة .

ليبيا : لا يوجد قانون مدون للاحوال الشخصية حتى الآن ويعتبر المذهب المالكي هو المذهب السائد ولذلك فان تعداد الطلقات يقع أكثر من واحدة .

الطلاق الثلاث في اندنوسيا :

ان المذهب السائد في أندنوسيا هو المذهب الشافعي وان كانت النهضة التشريعية قد اتجهت في المدة الاخيرة حتى شملت جميع القوانين ومنها قانون الأحوال الشخصية فقد حاولت الهيئة التأسيسية وضع قانون مستقى من أكثر من مذهب بل أخذت في بعض الامور بالاجتهاد المطلق . وفي موضوع الطلاق الثلاث بقي الحكم بوقوع الثلاث ثلاثاً ، وانه لمن الغريب والمذهب السائد هو المذهب الشافعي ان ينص القانون على ان الافضل ان يطلق الرجل طلقات متفرقة أي انه اخذ بغير المذهب الشافعي فكان من السهل عليه ان يخطو الخطوة التالية فيساير أكثر القوانين العربية وينص على وقوع الثلاث واحدة .

م ٤١ : أ ــ ان اكثر الطلاق الذي يوقع على امرأة واحدة ثلاث طلقات فقط .
ب ــ والافضل في ايقاع الطلاق ان يكون واحداً بعد واحد .

ويلاحظ هنا بكلمة الافضل انه يراد به خلاف الاولى وبالاصطلاح الفقهي أنه يأثم من يوقع أكثر من واحدة وهذا متفق مع المذاهب التي قالت بأن الطلاق الثلاث مجموعة بدعة وانه يأثم من يفعل ذلك ، ولكن يقع ما اوقعه الزوج سواء اكان واحدة او اكثر .

* * *

شراح القانون في تفسير الطلاق المتتابع :

اختلف شراح القانون في الطلاق المتتابع ، هل يقع واحدة كالطلاق المقترن بالعدد ام انه يقع به ثلاث طلقات اخذاً بالمذهب الحنفي الذي احال اليه القانون في حال عدم عدم وجود نص .

ولم يكن من حاجة إلى هذا الخلاف امام سكوت النص ، الا الرجوع إلى مذهب ابي حنيفة لولا ان المذكرة الايضاحية اشارت إلى ان غاية المشرع القضاء على تعدد الطلقات .

وها نحن نورد رأي بعض أساتذتنا في هذا الموضوع ثم نذكر ما نراه تفسيراً للقانون في الطلاق المتتابع المتكرر .

رأي الشيخ علي الخفيف :

يقول استاذنا فضيلة الشيخ علي الخفيف :

ان الطلاق المتتابع يقع ثلاث طلقات لان القانون صريح بحصر الطلقات الثلاث التي تقع واحدة هي المجموعة المقترنة بالعدد ولم ينص على المتتابع [1] .

رأي الشيخ محمد ابو زهرة :

اما استاذنا فضيلة الشيخ محمد ابو زهرة فيقول [2] :

اننا بلا شك لو فسرنا القانون تفسيرا لفظياً ظاهرياً ، فلا نتجاوز الظاهر في التفسير لقلنا ان هذا النوع من الطلاق يطبق فيه مذهب ابي حنيفة ، فتطلق المدخول بها بالعدد

---

(١) فرق الزواج ص ٤٨ .

(٢) الاحوال الشخصية محمد أبو زهرة ص ٣٠٤-٣٠٦ .

الذي تتابع الطلاق به . ولكن القوانين لا تفسر بظواهر الفاظها فقط ، بل تفسر بأغراضها ومذكراتها الايضاحية ، ومصدرها التاريخي والفكرة العلمية التي انبعث منها نظر الذين قالوها .. إلى ان يقول : لهذا كله نرى أنه بعد صدور قانون ١٩٢٩ صار الطلاق المتتابع في مجلس واحد والطلاق الموصوف بالعدد طلقة واحدة .

وقد اورد استاذنا الجليل اربع حجج لدعم رأيه ملخصها :

١ــ ان غرض القانون القضاء على جمع الطلقات ولا فرق في هذا بين جمعها بكلمة واحدة او بكلمات متتابعة .

٢ــ ان المذكرة الايضاحية اعتبرت الطلاق المتكرر كالطلاق المقترن بالعدد .

٣ــ ان المصدر التاريخي لهذه المادة من القانون يوضح ذلك فان الفقهاء الذين قرروا ان الطلاق الثلاث يقع واحدة هم الذين قرروا ان الطلاق المتتابع في مجلس واحد لا يقع الا واحدة .

٤ــ وان الذين قالوا بوقوع الثلاث واحدة استدلوا لرأيهم بحديث ركانه وفيه انه طلق زوجته ثلاثاً في مجلس واحد فسأله رسول الله كيف طلقتها ثلاثاً فقال في مجلس واحد قال نعم . ففي هذا الحديث اعتبر النبي صلى الله عليه وسلم الطلاق ثلاثاً في مجلس واحد على سبيل التتابع واحدة .

هذا ما اورده استاذنا الجليل وهي من أقوى الحجج ومع هذا فلنا في هذا الموضوع كلام سوف نبديه ونحن نتكلم في الاجتهاد القضائي .

رأي فضيلة الشيخ عبد الرحمن تاج :

يقول فضيلة الاستاذ الشيخ عبد الرحمن تاج [1] :

« ثم ما حال الطلاق الذي تكرر صيغته تمام ثلاث مرات؟ ... قد فات واضعي مشروع تلك المادة ان ينصوا على حكمه . واغلب الظن أنهم كانوا يريدون التسوية بينه وبين الطلاق المقترن بعدد الثلاث ؟ فيكون الواقع به أيضاً طلقة واحدة . ولكن هل

---

(١) الاحوال الشخصية . عبد الرحمن تاج ص ٣١٤ .

يؤخذ في ذلك بالقصد او باللفظ ؟ .. وهل يكفي القصد في انشاء قانون يعتبر حكماً استثنائياً لهذه المادة ، فيقاس على ما ورد فيها غيره ، مع انها قد جاءت على خلاف ما كان عليه الامر في المحاكم ، وعلى خلاف الحكم عند ائمة المذاهب الاربعة ومن قبلهم من الصحابة والتابعين ؟ .. ليس على القاضي تبعة اذا هو اقتصر في تطبيق المادة الثالثة من القانون على مانصت عليه صراحة وهو الطلاق المقترن بعدد لفظاً او اشارة ، ثم اتبع في الطلاق المتكرر حكم المذهب الذي كان عليه العمل قبل انشاء هذه المادة » .

الاجتهاد القضائي في الطلاق المتتابع :

اختلف الاجتهاد القضائي في البلاد العربية حول الطلاق المتتابع ، هل يلحق بالطلاق المقترن بعدد كما جاء في المذكرة الايضاحية ويعطى حكمه ، ام انه حكم مسكوت عنه يرجع فيه إلى المذهب الذي اشار القانون بالرجوع اليه حال عدم وجود نص .

في حكم لمحكمة المنيا في الجمهورية العربية المتحدة يشير إلى ان الطلاق المتعدد لفظاً او اشارة يعتبر طلاقاً واحداً ، ومثله المكرر في مجلس واحد [١] .

وفي حكم لمحكمة عابدين الشرعية [٢] : اذا كرر المطلق لفظ الطلاق كأن قال « زوجتي طالق طالق طالق » بانت منه بينونة كبرى قضاء سواء أقصد ايقاع المكرر ام لم يقصد ايقاعه بأن نوى التأكيد او اطلق ، ولكنها لا تبين منه ديانة اذا نوى مجرد التأكيد .

وليست هذه الحالة من مشتملات المادة الثالثة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التي تنص على الطلاق المقترن بعدد لفظاً او إشارة لا يقع إلا واحداً لتكرير لفظ طالق ثلاث مرات .

وقد استقر رأي الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية على اعتبار الطلاق المتابع والطلقات المجموعة تقع واحدة . فقد جاء في قرار رقم ١٤١ تاريخ ١٤-٤-١٩٥٨ . **ان الطلاق الموصوف بعدد والذي تكرر لفظه يعتبر طلاقاً واحداً رجعياً**

---

(١) محكمة المنيا الشرعية ١٤ ربيع الاول ١٣٥٤ ١٥ يونيه ١٩٣٥ المحاماة الشرعية س ٧ ع ٤٩٢
(٢) قراء محكمة عابدين الجزئية الشرعية ١٩٤٠/١١/٣٠ .

وفي حكم للمحكمة الشرعية خالفت ذلك وأصرت على رأيها فكان الأمر ان صدر قرار من الهيئة العامة في قرار رقم ١٣٢ تاريخ ١١–٤–١٩٥٧ ، لمحكمة النقض وقررت فيه :

« ان المشرع لم يشرع ايقاع الطلاق دفعة واحدة وانما على دفعات تتخللها تجربة الزوجين حياة الطلاق . وعليه فان لفظ الطلاق المتكرر في المجلس قبل المرور بدور التجربة لحياة الطلاق هو طلاق واحد غير متعدد » .

ونلاحظ ان ما استقرت عليه الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية هو رأي فضيلة استاذنا الجليل الشيخ محمد ابو زهرة من ان الطلاق المتكرر المتتابع كالطلاق المقترن بعدد لا يقع الا واحدة .

وقد جاء في الاسباب الموجبة لهذا الحكم : —

لما كانت المادة ٩٢ من قانون الاحوال الشخصية نصت على ان الطلاق المقترن بعدد لفظاً او اشارة لا يقع الا واحدة ، ولما كان هذا النص وان كان اقرب للدلالة على قصد الطلاق المقرون باسم العدد فانه غير بعيد الدلالة على لفظ الطلاق المكرر الواحد تلو الآخر لما بين القولين من تشابه في المعنى والقصد والغاية . ولما كان من الواجب حين تطبيق النصوص الرجوع في تفهم معانيها إلى قصد واضعها حين وضعها واقوى مرجع في ذلك هو ما اصطلح عليه المشرعون بتدوين الاسباب الموجبة في جانب القانون . ولما كان من الرجوع إلى الفقرة ٧ من الاسباب الموجبة لقانون الاحوال الشخصية يرى ان الشارع لاحظ في وضع المادة المذكورة ان الطلاق لم يشرع ايقاعه دفعة واحدة وانما شرع ليوقع على دفعات تتخللها تجربة الزوجين حياة الطلاق ، وقد احسن صنعاً في استشهاده على صحة ما ذهب اليه بالآية الكريمة : « الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان » . فكانت فصل الخطاب في الموضوع .

ولما كان القاضي قد اوجد نفسه في نطاق ضيق من التفسير والتأويل وذهب في تطبيق نص القانون مذهباً حرفيا اوصله اي التفريق في الحكم بين الحالتين المتماثلتين ، وهو ما تأباه قواعد التشريع والمصلحة في تطبيقه وأهمل فوق ذلك الرجوع إلى الاسباب

الموجبة للقانون اهمالاً كلياً ، مع إنها بحكم الجزء منه والتفسير الرسمي له يرجع اليها كلما دعت الحاجة لتفهم غاية النص وقصد واضعه ، وكان على القاضي اعتبار لفظ الطلاق المتكرر في المجلس قبل المرور بدور التجربة لحياة الطلاق طلاقاً واحداً غير متعدد ، كان سيره في معالجة القضية على هذا النهج واعتبار هذا الطلاق المكرر طلاقاً متعدداً منتجا بينونة كبرى اصراراً على رأيه الاول في غير محله وكان قراره مستوجب النقض لخطأ وتفسير القانون » .

لذلك قررت الهيئة العامة نقض الحكم الاصراري المميز .

رأينا في الطلاق المتتابع :

من الاسباب الموجبة لقرار الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية ومن الحجج القوية التي ساقها فضيلة استاذنا الجليل الشيخ محمد ابو زهرة لدعم رأيه في ان الطلاق الثلاث المتكرر في مجلس واحد حكمه حكم الطلاق المقترن بعدد لا يقع الا واحدة ، يمكن ان نلخصها جميعا بوجوب الرجوع إلى المذكرة الايضاحية للقانون التي يفهم منها عدم التفرقة بين الحالين .

وقد ناقشت استاذي فضيلة الشيخ محمد ابو زهرة وانا اكتب هذا الموضوع فتفضل واضاف إلى حججه السابقة حجة جديدة وهي ان الطلاق المتكرر يأخذ حكم الطلاق المقترن بالعدد عن طريق القياس .

وبهذا اصبح لدينا حجتان —

١) الرجوع إلى المذكرة الايضاحية حيث تشير إلى عدم التفرقة بين الحالين .

٢) او عن طريق القياس على النص نحكم بوقوع المتتابع طلقة واحدة .

وجوابنا على ذلك :

ان شراح القانون المدني يرجعون إلى المذكرة الايضاحية في حالات عدة أهمها

حالة غموض النص او نقص فيه ، فنرجع إلى المذكرة الايضاحية لتفسير الغموض أو لسد النقص [1] .

اما موضوعنا هذا فأي غموض في نص يقول : الطلاق المقترن بعدد لا يقع الا واحدة .

واما في حال النقص فالأمر يختلف في القانون المدني عنه في قانون الاحوال الشخصية لان لدينا نص صريح في المادة ٣٠٥ من القانون السوري والمادة ٢٨٠ من القانون المصري رقم ٣١ لسنة ١٩١٠ يقول : انه في حال عدم وجود نص يرجع إلى الراجح من مذهب ابي حنيفة فالأمر اذن واضح أيضاً لا يحتاج إلى وضوح ، وتام ايضاً ليس فيه نقص.

وأما القياس فلا نلجأ ايضاً للقياس في هذه الحالة لانه لم تتوافر شروطه . نحن نرجع إلى القياس في حالة عدم وجود حكم على مسألة ووجود ما يشابهها فنقيسها بجامع العلة بينهما اما هنا فلدينا حكم منصوص عنه في القانون وحكم آخر منصوص عنه في المذهب الحنفي فكيف نعمل القياس [2] .

وبعبارة اخرى ان لدينا القانون يقول : الطلاق المقترن بعدد لا يقع الا واحدة .

والمذهب الحنفي الذي اوجب القانون الرجوع إليه في حال عدم وجود نص يقول : ان الطلاق الثلاث يقع ثلاث طلقات .

ولهذا فاني أرى انه تفسيراً للقانون لا يجوز القياس ولا الرجوع إلى المذكرة الايضاحية لان القانون اقوى من المذكرة الايضاحية التي تأتي بالدرجة الثانية أما النص فصريح على

---

(١) جاء في أصول القانون للدكتور السنهوري والدكتور أبو ستيت ص ٢٤٩ : والاعمال التحضيرية هي مجموعة المذكرات التفسيرية ومناقشات المجالس التشريعية ومحاضر جلسات هذه المجالس واعمال اللجان التي تقترن عادة بالتشريعات عند تحضيرها . وقد تكون للاعمال التحضيرية قيمة كبيرة في تعرف نية المشرع وتفسير الالفاظ المبهمة التي وردت في التشريع وازالة التناقض الظاهري وتكميل الناقص ، فيلجا اليها المفسر ليسترشد بها في التفسير . على أنه مهما يكن من قيمة الاعمال التحضيرية فانها لا تعتبر جزءاً من التشريع ، بل هي شيء خارج عنه يجوز فيه الخطأ .

(٢) القياس هو : الحاق أمر بآخر في الحكم الشرعي لاتحاد بينهما في العلة . والقياس من المصادر الشرعية بعد الكتاب والسنة والاجماع – المدخل الفقهي للاستاذ مصطفى الزرقاء ص ١٩ .

حكم الطلاق المقترن بالعدد كما انه صريح بالاحالة إلى المذهب الحنفي في حال عدم وجود نص .

ولا داعي ان اقول انني اخالف وقوع الطلقات الثلاث مجموعة او متفرقة فقد سبق وأبديت رأيي صريحاً مدعماً بالحجج والادلة . الا اننا ونحن نفسر القانون نلتزم بما جاء فيه .

ولهذا فاني اقترح تعديل هذه المادة وجعلها صريحة في ان الطلاق المقترن والمتتابع لا يقع به الا طلقة واحدة .

* * *

هذا ما كتبته في الطبعة الاولى من هذا الكتاب . وقد اطلعت بعد ذلك على بعض قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية تنص صراحة على ان محل الطلاق هو الزوجة في نكاح صحيح والمعتدة من طلاق فقد جاء في المادة ٨٦ من القانون السوري :

محل الطلاق المرأة التي في نكاح صحيح ، او المعتدة من طلاق رجعي .

والمادة ٦٧ من القانون الاردني :

محل الطلاق هي المرأة المعقود عليها بنكاح صحيح او المعتدة ، والزوجة التي فسخ نكاحها ليست محلاً للطلاق ولو في عدتها .

ونلاحظ ان القانون السوري اجاز ايقاع الطلاق والمرأة معتدة من طلاق رجعي غير بائن ، ومن المعلوم ان الزوج اذا قال لزوجته انت طالق فقد اصبحت مطلقة وعليها العدة فوراً فان كان الطلاق رجعياً وهو الاصل في القانون إلا ما نص على كونه بائناً — وكرر الزوج الطلاق فان الطلاق الثاني يصيب الزوجة وهي معتدة من طلاق رجعي ، وبمقتضى نص المادة الصريح ان المعتدة من طلاق رجعي هي محل للطلاق فان الطلقة الثانية تقع على الزوجة .

قد يقال ان التكرار في المجلس الواحد يأخذ حكماً مغايراً للتكرار في مجالس متعددة وهذا ما يفهم من قرار محكمة النقص السورية لأنها خصت الطلاق المتكرر بالمجلس الواحد والجواب على هذا :

١ــ ان الزوجة بمجرد قول زوجها لها انت طالق فقد دخلت العدة فاذا أعاد الطلاق مرة ثانية فقد أصابها وهي معتدة ، فمن قال لزوجته : أنت طالق انت طالق ، انت طالق ، فقد وقع الطلاق الأول باللفظ الأول .

والمرأة زوجة في نكاح صحيح ، ووقع الطلاق الثاني والثالث وهي معتدة . والقانون صريح بقوله : ان محل الطلاق الزوجة من نكاح صحيح والمعتدة .

٢ــ لم يقل احد من المذاهب بالتفرقة بين الطلقات المتعددة في مجلس واحد والطلقات المتعددة في مجالس مختلفة .

فمن اوقع الطلقات المتعددة طلقة واحدة قال : الطلاق المقترن بعدد أو المتعدد سواء أكان في مجلس واحد او في اطهار متعددة فانه يقع طلقة واحدة ما دام لم يتخلل تلك الطلقات مراجعة للزوجة .

ومن قال ان الطلاق يقع أكثر من طلقة واحدة لم يفرق بين التعداد في المجلس او في عدة مجالس ما دامت الزوجة في العدة ، فان الطلاق يقع بمقدار ما أوقعه الزوج طلقة أو طلقتين أو ثلاثاً .

وعلى هذا فان ما ذهب اليه استاذنا الجليل الشيخ محمد أبو زهرة ومحكمة النقض السورية بوقوع الطلقات المتعددة في مجلس واحد طلقة واحدة ، ينافي صراحة ما ذكره الفقهاء من جهة ويخالف نص القانون الصريح بوقوع الطلاق على المعتدة رجعياً . وليس من المقبول ان يكون القانون قد أحدث مذهباً جديداً فان التلفيق بين المذاهب جائز على ألا يحدث هذا تشريعاً جديداً ، وعلى المشرع ان يبين رأيه صريحا بالقول بان الطلاق المتعدد إن كان مجلس واحد فانه يقع طلقة واحدة وان كان بمجالس متعددة فانه يقع أكثر من طلقة ما دامت في العدة ، وبهذا يكون قد أحدث اجتهاداً جديداً بين المذاهب في موضوع الطلاق الثلاث .

واما القانون الاردني فقد ذكر ان محل الطلاق الزوجة في نكاح صحيح والمعتدة دون ان يخص بالذكر المعتدة من طلاق رجعي وعلى هذا فان الطلاق يتبع الطلاق ولو كان بائناً . :

كما ان القانون الاردني منع وقوع الطلاق للمعتدة من فسخ النكاح .

ولا بد من القول بأنه يرجع إلى المذهب الحنفي بموجب نص المادة ١٣٠ لتحديد نوع الفسخ الذي يقبل الطلاق في العدة والذي لا يقبل .

ومن الضروري توضيح هذه المادة في التشريع الاردني اذ لا يجوز جعلها مطلقة خشية ان يفهم منها ان الطلاق يقع على كل معتدة دون تقييد .

ما ذهب اليه القانون العراقي :

م ٣٧ :

١ـ يملك الزوج على زوجته ثلاث طلقات .

٢ـ الطلاق المقترن بعدد لفظاً او اشارة لا يقع إلا واحدة .

٣ـ المطلقة ثلاثاً متفرقات تبين من زوجها بينونة كبرى .

هذا القانون صريح بوقوع الطلقات المتفرقات ، وقد يقال ان مقصد الشارع غير واضح تماماً بوقوع الطلاق وفي مجالس مختلفة او في مجلس واحد ، غير أننا نجده صريحاً وبخاصة وانه جاء ذكره اثر النص على وقوع الطلاق المقترن بعدد .

وكلام المشرع منزه عن العبث فان القول بان الطلقات الثلاث بينونة كبرى أمر معروف بالبداهة لا يحتاج إلى نص ، ولهذا فاني أميل إلى تفسير القانون بأن المراد منه هو ان الطلاق المقترن بعدد يقع واحدة فقط واما المتكرر سواء أكان في مجلس واحد او في عدة اطهار خلال العدة فانه يقع أكثر من طلقة .

واعود فاقول بأن ما اراه تفسيراً للنصوص مقيد بالدلالات التفسيرية غير ما أراه كباحث ، ولهذا أنادي بوضع مادة صريحة لا تجعل مجالاً للشك في التفسير هو ان الطلاق المقترن والمتعدد لا يقع إلا طلقة واحدة سواء أكان في مجلس واحد او في عدة واحدة .

خلاصة بحث الطلاق الثلاث :

وبعد فهذا ما اطلعت عليه قدمته في مبحث الطلاق الثلاث دعاني إلى الاطالـة فيه قليلاً ما وجدته من خلاف فقهي قديم لا تزال آثاره في مؤلفاتنا الفقهية المعاصرة

هذا فضلاً عما يلمسه القارىء اثناء قراءته هذا البحث من تصحيح كثير من الأخطاء العلمية المتداولة .

وفي سبيل الوصول إلى ذلك فقد رجعت إلى القرآن الكريم والسنة النبوية باعتبارهما المرجع لجميع آراء الفقهاء من مختلف المذاهب ثم إلى أكبر مجموعة من كتب الأصول والفقه في سائر المذاهب الاسلامية .

واستطيع أن الخص بعض النتائج التي توصلت اليها في هذا البحث بالأمور التالية

١ــ تحرير مذهب الشيعة الجعفرية الذي اضطرب النقل عنه قديماً وحديثاً في موضوع الطلاق الثلاث وذلك بالرجوع إلى معظم كتب التفسير والحديث والفقه من مطبوع ومخطوط .

٢ــ تصحيح ما ينقل عن مذهب الزيدية في ان الطلاق الثلاث يقع ثلاث طلقات وبيان ان المذهب على أن الطلاق لا يقع إلا واحدة .

٣ــ مناقشة جميع الادلة التي ساقها الجمهور ومخالفوهم دليلاً دليلاً مع بيان رأيي في كل دليل رجحته وبيان وجه هذا الترجيح .

٤ــ الرد على مختلف الآراء التي عارضت مذهب وقوع الطلاق الثلاث طلقة واحدة رداً علمياً هادئاً مقنعاً ليس فيه روح التعصب ولا الجمود بل السير وراء الدليل اينما كان ، وذلك استناداً إلى مصادر الحديث النبوي الصحيح من مختلف الكتب الصحيحة . وبهذا صححت كثيراً من النقول في مختلف كتب الفقه القديمة منها والحديثة .

٥ــ ثم تكلمت عن اجتهاد عمر رضي الله عنه وبررت ذلك بأمثلة كثيرة اجتهد فيها تتعلق بأمور الرعية وذلك من قبيل السياسة الشرعية التي يمارسها ولي الأمر في المسلمين وانها تتبع المصلحة حسب كل زمن .

٦ــ وأخيرا نقلت ما ذهبت اليه قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية في هذا الموضوع وابديت ملاحظات حول النصوص التي تتعلق بالطلاق الثلاث .

٧– وفي تفسير القانون انتقدت ما ذهب اليه بعض الشراح وما أخذت به محكمة النقض السورية من ان الطلاق المتتابع يقع طلقة واحدة رجعية ، لأن المذكرة الايضاحية لا تقوى على سد نقص القانون بعد أن أحال المشرع إلى المذهب الحنفي في هذه الحالة :

٨– ولهذا فقد اقترحت تعديل القانون بحيث ينص على ان الطلاق المتتابع والمتعدد لا يقع إلا واحدة .

والخلاصة : هذا بعض ما توصلت اليه في هذا البحث ، وقد حاولت جهدي ان أختصر ولكني وجدت نفسي ازاء نقص واضح في كل ما يختصر ، ولا ادعي اذا قلت ان هذا الموضوع الذي يقيد حرية الزوج في الطلاق ويحافظ على الاسرة ووحدتها ويجعل رباط الزوجية أقوى من أن يحل بكلمة واحدة فتبين الزوجة بينونة كبرى ، لم يبحث حتى الآن – رغم كل ما كتب فيه – بحثاً مقارناً يجمع فيه بين آراء المذاهب المختلفة وردها إلى أصولها من القرآن والسنة ، فضلاً عن وضعها في موضعها الملائم وفهمها الصحيح ضمن دائرة نظام الطلاق بمبادئه العامة وروحه التي تجعل الطلاق آخر مرحلة من مراحل الزوجية بعد محاولة كل من الزوجين الابقاء على كيانهما ، وان الاصل في الطلاق هو انه رجعي فلا يملك الزوج ان يجعله بائناً فكيف يملك حق الطلقات الثلاث .

* * *

الباب الثاني

الطلاق بالارادة المنفردة

وهو يتضمن :

الفصل الأول : الصيغة التي يقع بها الطلاق .

الفصل الثاني : القصد .

الفصل الثالث : المطلق

الفصل الرابع : المطلقة .

الفصل الخامس : الاشهاد .

الفصل الاول

الصيغة

الفرع الاول

الصريح والكناية

لكل تصرف قولي في الشرع لفظ يدل عليه ولا بد في الفرقة بين الزوجين من لفظ يعرف به قصد الزوج وعزمه على الطلاق ، أو ما يقوم مقامه . [1]

وما يقع به الطلاق قد يكون لفظاً صريحاً [2] لا يحتمل معنى سواه لانه وضع في اللغة أو الشرع لهذا الغرض . وقد يكون لفظاً جرى به العرف واشتهر بين الناس على ان المراد منه الفرقة بين الزوجين وهو ما يحتمل معنى الطلاق ومعان اخرى .

---

(١) من التعريف الذي وضعناه للطلاق بانه « الصيغة الدالة على إنهاء الحياة الزوجية في الحال أو المآل الصادرة من أهله في محله قاصداً لمعناه أمام شهود ، نرى أنه لا بد في كل طلاق من خمسة أركان .
وان ركن الطلاق عند الاحناف هو اللفظ الدال عليه بخلاف بقية المذاهب التي تعتبر العاقدين والصيغة والمحل أركاناً في الطلاق . وقد اتجهنا إلى ماذهب اليه الجمهور في تعداد اركان الطلاق . ووجهة نظر الاحناف أنه لا بد في كل لفظ من عاقد وصيغة ومحل ولهذا قالوا هو اللفظ الدال عليه .

(٢) سوف نقتصر في بحث الصيغة على أهم النقط التي لها علاقة بموضوع بحثنا دون تفصيل في طرق التعبير عن الارادة وفي شروط التعليق والاضافة اللهم ما نلقي به ضوءاً على هذه الابحاث بصورة موجزة . راجع الزواج والطلاق للمؤلف الجزء الأول ص ٢٨٥ .

وقد اختلف الفقهاء في هذا اللفظ الذي يقع به الطلاق فبعضهم قصره على اللفظ الصريح ، وجمهورهم قال يقع بألفاظ الكناية أيضاً ، اذا قامت النية أو ما يقوم مقامها قرينة على المراد من اللفظ الكنائي .

كما يقع الطلاق أيضاً بما ينوب عن اللفظ كالكتابة او الاشارة في احوال خاصة سوف ندرسها بعد قليل .

١) اللفظ الصريح الذي يقع به الطلاق :

لا خلاف بين الفقهاء فيمن قال لزوجته أنت طالق ، ونوى الطلاق أنها طلقت . لانه لفظ صريح يدل على وقوع الطلاق .

ولكن الفقهاء اختلفوا في حصر اللفظ الصريح بهذه الكلمة — أنت طالق — وما اشتق منها . أم ان الصريح يشمل الفاظاً أخرى غير هذه الكلمة ؟..

آراء المذاهب في هذا الموضوع :

الجعفرية — قال الجعفرية : لا يقع الطلاق الا بلفظ طالق ، فاذا قال الزوج لزوجته انت طالق ، أو فلانة طالق او هذه طالق ، طلقت زوجته اذا قصد ذلك ، اما بغير هذا اللفظ فلا يقع الطلاق .

جاء في المختصر النافع [١] — ويقتصر على طالق تحصيلا لموضع الاتفاق .

وقد نقل صاحب الجواهر عن الكافي [٢] : عن الحسن بن سماعه : ليس الطلاق الا كما روى بكير بن اعين : ان يقول لها وهي طاهر من غير جماع انت طالق ويشهد شاهدين عدلين ، وكل ما سوى ذلك فهو ملغى .

ونقل ايضاً عن الانتصار : واجماع الامامية على ذلك . فلو قال انت الطالق أو طلاق او من المطلقات لم يكن شيئاً ولو نوى به الطلاق بلا خلاف أجده فيه .

---

(١) المختصر النافع ص ٢٢٠ .
(٢) جواهر الكلام ص ٢٨٣/٥ .

وحجة الجعفرية في حصرهم الفرقة بين الزوجين بلفظ : انت طالق ، ان النكاح عصمة مستفادة من الشرع ، لا تقبل التقايل ضرورة ، فيقف وضعها على موضع الاذن منه فقط . واما غير هذا اللفظ فلم يرد عن الشارع اذن به فلا يصح .

الظاهرية :

قال الظاهرية : يقع الطلاق بأحد الفاظ ثلاثة : الطلاق ، السراح ، الفراق ، وما اشتق منها اذا نوى بذلك الطلاق .

أما اذا لم ينو الطلاق ، فان كانت الصيغة بلفظ الطلاق صدق في الفتيا ، ولم يصدق في القضاء . واما ان كانت الصيغة بلفظ السراح او الفراق فيصدق في الفتيا والقضاء .

جاء في المحلى [1] : « لا يقع طلاق الا بلفظ من أحد ثلاثة الفاظ : أما الطلاق واما السراح واما الفراق ...

هذا كله اذا نوى به الطلاق فان قال في شيء من ذلك كله لم أنو الطلاق صدق في الفتيا ، ولم يصدق في القضاء في الطلاق وما تصرف منه . وصدق في سائر ذلك في القضاء أيضاً » .

وحجة ابن حزم فيما ذهب اليه : ان القرآن الكريم لم يذكر الفرقة بين الزوجين الا بهذه الالفاظ الثلاثة لقوله تعالى : « وللمطلقات متاع بالمعروف » .« وسرحوهن سراحاً جميلا » « فأمسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف » .

وقد علل ابن حزم التفرقة بين هذه الالفاظ من حيث احكام القضاء ، بأن لفظ الطلاق لا يحتمل معنى آخر ، أما بقية الالفاظ فتحتمل الطلاق وغيره.

الشافعية :

ان اللفظ الصريح عند الشافعية هو لفظ الطلاق وما اشتق منه فإذا قال الزوج لزوجته أنت طالق او أنت مطلقة طلقت ، ولو لم ينو الطلاق دون خلاف في المذهب .

---

(١) المحلى ١٠/١٨٩ .

والمشهور عندهم أيضاً أن لفظ الفراق والسراح من الألفاظ الصريحة التي لا تحتاج إلى نية .

جاء في مغنى المحتاج [1] : « يقع الطلاق بالصريح وهو ما لا يحتمل غير الطلاق بلا نية ولو قال لم أنو به الطلاق لم يقبل .

وأما الفراق والسراح فالمشهور انهما من الألفاظ الصريحة لو رودها في القرآن . »

الحنابلة :

قال الحنابلة : أن صريح الطلاق هو لفظ الطلاق وما اشتق منه .

وقد وقع اضطراب في نقل المذهب في هذا الموضوع مما سبب عنه خطأ في تحرير هذا المذهب الصريح من ألفاظ الطلاق فقد ذكر الخرقي في مختصره : ان الصريح ثلاثة ألفاظ : الطلاق والسراح والفراق . وجاء ابن قدامة فرجح ان الصريح هو لفظ الطلاق وما اشتق منه فقط دون ان يبين أن ما رجحه هو المذهب .

غير اني رجعت إلى كتب أخرى فوجدت المذهب ينص على ان الصريح هو لفظ الطلاق فقط وما اشتق منه .

قال الخرقي [2] : « الصريح ثلاثة ألفاظ : الطلاق والفراق والسراح وما تصرف منهن » .

وقال ابن قدامة [3] : ان الصريح في الشيء ما كان نصاً فيه لا يحتمل غيره إلا احتمالا بعيداً . ولفظ الفراق والسراح ان وردا في القرآن بمعنى الفرقة بين الزوجين فقد وردا لغير ذلك المعنى وفي العرف كثيراً .

ولهذا جاء في المقنع وهو من مؤلفات ابن قدامة : وصريحه : لفظ الطلاق وما يتصرف منه فمتى أتى بصريح الطلاق وقع نواه او لم ينوه .

---

(١) مغنى المحتاج ٣/٢٨٠ .
(٢) المغنى ٨/٢٦٤ .
(٣) المغنى ٨/٢٦٤ .

وقال صاحب الانصاف في شرحه على المقنع عقب ذلك – وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب[1] .

وجاء في المحرر مثل ذلك[2] : « وصريحه لفظ الطلاق وما تصرف منه لا غير[3]

المالكية :

وكذلك فالصريح عند المالكية هو لفظ الطلاق وما اشتق منه فقط .

جاء في بداية المجتهد[4] قال مالك وأصحابه : الصريح هو لفظ الطلاق فقط .

الأحناف والزيدية :

ذهب الاحناف والزيدية إلى أن كل لفظ لا يستعمل إلا في حل عقدة الزوجية فهو صريح في الطلاق .

جاء في مجمع الأنهر[5] : « صريح الطلاق ما استعمل فيه خاصة ولا يحتاج إلى نية لأن الصريح موضوع للطلاق شرعاً فكان حقيقة فيه » .

وعرفه الزيلعي[6] : « بانه ما ظهر المراد منه ظهوراً بيناً حتى صار مكشوف المراد بحيث يسبق إلى فهم السامع بمجرد السماع حقيقة كان او مجازاً » .

وفي التاج المذهب[7] : « والصريح : لا يعتبر فيه إلا ان يكون المطلق قد قصد ايقاع اللفظ في الطلاق باللفظ الصريح بأن ينطق به عالماً معناه ... وان لم يقصد معناه فيقع الطلاق بقصد اللفظ مع علمه بأن هذا اللفظ موضوع للطلاق . »

* * *

---

(١) الانصاف ٤٦٢/٨ .

(٢) المحرر ٥٣/٢ .

(٣) ينقل كثير من الكتاب على أن لفظ الطلاق صريح فيه عند الحنابلة رواية عن الامام أحمد وسبب هذا الخطأ هو ما ذهب اليه الخرقي حيث لم يبين رأي المذهب . راجع فرق الزواج للاستاذ الشيخ علي الخفيف ص ٩٨ ومذكرات الاستاذ الشيخ محمد الزفزاف ص ١٠٩ .

(٤) بداية المجتهد ٤٥/٢ .

(٥) مجمع الأنهر ٣٨٦/١ .

(٦) تبيين الحقائق للزيلعي ١٩١/٢ .

(٧) التاج المذهب ١١٩/٢ .

حكم الطلاق الصريح : وأما حكم الطلاق بلفظ صريح هل هو بائن أم رجعي ، فما قلناه في مبحث أنواع الطلاق نقوله هنا وهو أن الأصل في الطلاق أنه رجعي إلا في حالات يكون فيها الطلاق بائناً [1] .

الطلاق بلفظ الكناية :

أن الأصل في التعبير عن إرادة المطلق ان يكون بلفظ صريح لا يحتمل غير معنى الطلاق . ولكن قد يعبر المطلق عن إرادته بلفظ غير صريح ولكنه عرف واشتهر بين الناس على ان المراد منه الطلاق وهذا ما سماه الفقهاء بلفظ الكناية .

فلفظ الكناية هو اللفظ الذي يحتمل معنى الطلاق ومعان أخرى ، وتعتبر النية قرينة على ارادة معنى الطلاق . فلو قال الزوج لزوجته انت بائن فهذا لفظ يحتمل معنى الفراق والفراق أعم من الطلاق فيحتمل أنه اراد مفارقة الاهل ومعنى ذلك انت مفارقة لأهلك ويحتمل مفارقتها إياه من الزوجية ، فإذا نوى المعنى الأول لا شيء عليه وان نوى الثاني فهل يقع الطلاق ؟ ...

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الطلاق يقع بلفظ الكناية اذا نوى الزوج الطلاق .

وقالت بعض المذاهب : لا يقع بلفظ الكناية طلاق .

مذهب الجعفرية والظاهرية :

قال الجعفرية والظاهرية ان الطلاق لا يقع بلفظ الكناية ، وقد سبق وذكرنا أن الطلاق لدى الجعفرية لا يقع إلا بلفظ طالق . والظاهرية لا يقع عندهم إلا بأحد ألفاظ ثلاثة ــ الطلاق او السراح او الفراق .

وعلى ذلك فلو قال الزوج انت بائن او انت خلية ونوى الطلاق لا يقع بهذا شيء .

جاء في جواهر الكلام [2] : « لا يقع الطلاق بالكناية عندنا التي هي اللفظ المحتمل للطلاق وغيره وان اريد به بلا خلاف أجده » .

---

(١) راجع مبحث أنواع الطلاق

(٢) جواهر الكلام ٥/٢٨٣ .

وفي المحلى [١] : « ومن قال لامرأته أنت عليّ حرام أو زاد على ذلك ... فهو كله باطل وكذب ولا تكون بذلك عليه حراماً وهي امرأته ـ كما كان نوى بذلك طلاقاً أو لم ينو » .

ولا شك في ان حصر الفاظ الطلاق بأقل عدد ممكن هو أقرب للمصلحة حيث فيه تضييق من نطاق دائرة الطلاق . ولكن ما القول في لفظ اشتهر بين الناس وشاع عرفاً بان المراد منه الطلاق سوى تلك الألفاظ التي حددها المذهبان الجعفري والظاهري . فلفظ انت بائنة اذا كان معروفاً في جميع الأوساط بأن من تلفظ به انما يعبر عن ارادته بالتطليق ، وفهمته الزوجة ونوى به الطلاق فأي فرق بين هذا اللفظ ولفظ أنت طالق اذ أن كلا منهما يؤدي نفس الغرض حيث يعبر عن قصد المطلق بالتطليق .

ويبدو لي ان سبب عدم الاعتداد بلفظ الكناية لدى هذين المذهبين هو اشتراطهم الاشهاد حين الطلاق فلا يقع طلاق الزوج الا امام شاهدين يسمعان ايقاع الطلاق مع فهم معناه فلفظ الكناية لا يعرف الا من النية لاحتماله معان اخرى اذ كيف تصح الشهادة على نية المطلق ؟ ..

وفي هذا المعنى يقول ابن تيمية [٢] : « وأما النكاح . . فلا ينعقد الا بلفظ الإنكاح والتزويج بناء على أنه لا ينعقد بالكناية لانها تفتقر إلى نية والشهادة شرط في صحةالنكاح والشهادة على النية غير ممكنة . »

مذهب الشافعية : يقع الطلاق بلفظ الكناية عند الشافعية اذا نوى به الطلاق ، إذ لا بد من النية ولا يقوم مقام النية دلالة الحال .

جاء في نهاية المحتاج [٣] : « ويقع (الطلاق) بكناية وهي ما احتمل الطلاق وغيره بنية لايقاعه ومع قصد حروفه أيضاً ، فلو لم ينو لم يقع بالاجماع ، وان اقترن بها قرينة ظاهرة كأنت بائن بينونة محرمة لا تحلين لي ابداً » .

---

(١) المحلى ١٠/١٢٤ .

(٢) فتاوى ابن تيمية ٣/٢٦٩ .

(٣) نهاية المحتاج ٦/٦٨ .

والفاظ الكناية كثيرة : انت خليه ، بريه ، بتة ، بائن ، الحقى باهلك ، اعتدي[1]

مذهب الزيدية : وإلى هذا ذهب الزيدية وقالوا لا يقع طلاق بلفظ الكناية الا مع النية .

جاء في التاج المذهب [2] : « واما الكناية باللفظ فهي غير منحصرة ، بل كل لفظ يحتمل الطلاق فانه يقع به اذا اريد به الطلاق » .

مذهب الحنابلة : ومذهب الحنابلة أن الطلاق يقع بلفظ الكناية مع النية ، مقام النية دلالة الحال كما لو كان الزوجان في حال خصومة وغضب أو ذكر للطلاق ، فاذا قال لها أنت خليه وكان في حال مذاكرة للطلاق مع زوجته وقع الطلاق ، فان ادعى انه لم يقصد الطلاق قبل ذلك منه وفي رواية لا يقبل منه قضاء ويقبل ديانة [3] .

جاء في المحرر [4] : « ولا يقع الطلاق بكناية الابنية تقارن أول اللفظ .. فان كانا في حال خصومة وغضب او ذكر للطلاق ، وقال : لم أرد بها الطلاق قبل منه ، وعنه (الامام أحمد) لا يقبل في الحكم خاصة . »

مذهب المالكية : والكناية عند المالكية قسمان : ظاهرة وخفية . فالكناية الظاهرة يقع بها الطلاق بدون نية وهي لفظان : انت بته ، وحبلك على غاربك . وأما الكناية الخفية فلا يقع بها الطلاق الا بالنية وألفاظها كثيرة منها : اعتدي ، اذهبي ، الحقي بأهلك ، انصرفي .

قال الدرديري في الشرح الكبير [5] : « من اركان الطلاق القصد أي قصد النطق باللفظ الصريح والكناية الظاهرة ولو لم يقصد حل العصمة وقصد حلها في الكناية الخفية . »

---

(١) مغنى المحتاج ٣/٢٨٠ .

(٢) التاج المذهب ٢/١٢٢ .

(٣) ويقسم الحنابلة الفاظ الكناية إلى ظاهرة وخفية فالالفاظ الظاهرة : أنت خليه ، وبريه ، وبائن ، وبتة . وانت حرة. والخفية : نحو اخرجي ، واذهبي ، وذوقي، وتجرعي،واعتدي، واستبرئي.ونحوذلك

(٤) المحرر ٢/٥٤ .

(٥) الشرح الكبير للدرديري ٢/٤٢٧ .

وفي حاشية العدوي [1] : « المراد قصد النطق باللفظ الدال عليه في الصريح والكناية الظاهرة وان لم يقصد مدلوله وهو حل العصمة ، وقصد حلها في الكناية الخفية [2] » .

يقول الفقيه المالكي الامام القرافي : [3]

« ان كون الصيغة للانشاء : تارة تكون بوضع العرب كالقسم ، وتارة تكون بوضع أهل العرف كصيغ الطلاق وغيرها . ولذلك فان صريح الطلاق قد يهجر فيصير كناية ، وقد تشتهر الكناية فتصير كالصريح للانشاء ، ولذلك قلنا : ان قول القائل : انت طالق صريح مستغن عن النية ، وانت مطلقة ليس صريحاً بل لا بد فيه من النية مع اشتراك الصيغتين في الطاء واللام والقاف ، وما ذاك إلا أن اهل العرف وضعوا انت طالق للانشاء ، وبقّوا انت مُطْلَقة على وضعه اللغوي خبراً ، فلم يحصل به طلاق إلا بالقصد لذلك .

مذهب الاحناف :

ويقع الطلاق بلفظ الكناية عند الاحناف اذا نوى به الطلاق أو قامت دلالة الحال مقام النية في ذلك فان أدعى خلاف ذلك صدق ديانة .

جاء في مجمع الانهر [4] : « لا يقع الطلاق بالكنايات قضاء الابنية الزوج او دلالة الحال لانها غير موضوعة للطلاق بل موضوعة لما هو أعم .

والمراد بدلالة الحال ، الحالة الظاهرة المفيدة المقصودة » .

---

(١) شرح الخرشي ٣/١٧١ .
(٢) ينقل معظم المؤلفين أن الطلاق بلفظ الكناية لا يقع الا بالنية لدى المالكية راجع فرق الزواج للشيخ علي الخفيف ص ١٠٣ – فقه القرآن والسنة للشيخ محمد الزفزاف ١١٥ – الفرقة والزواج للدكتور مدكور ١٧٥ – والتحقيق ماذكرناه . وجاء في بداية المجتهد أيضا ٢/٤٦ ومذهب مالك أنه اذا ادعى في الكناية الظاهرة أنه لم يرد طلاقا لم يقبل قوله الا أن تكون هنالك قرينة تدل على ذلك .
(٣) الاحكام في تميز الفتاوى عن الاحكام ص ٦٣ .
(٤) مجمع الانهر ١/٤٠٢ .

حكم الطلاق بلفظ الكناية :

قال الشافعية وجمهور الزيدية [1] : يقع الطلاق بلفظ الكناية رجعياً ويجوز للزوج مراجعة زوجته ان طلقها بلفظ الكناية ما دامت في العدة اذا لم يكن قبل الدخول أو على مال أو مكملا للثلاث .

وقال الاحناف وبعض الزيدية والحنابلة والمالكية : ان بعض الفاظ الكناية يقع بها الطلاق رجعياً ، وبعض الألفاظ الأخرى يقع بها الطلاق بائناً . وقد اختلفت هذه المذاهب في تعداد هذه الالفاظ ، ما يكون منها بائناً وما يكون رجعياً .

فالألفاظ التي يقع بها الطلاق رجعياً عند الاحناف هي ثلاثة : استبرئي رحمك . اعتدي . انت واحدة . وما عدا ذلك فهو بائن .

ومن الالفاظ التي يقع بها الطلاق بائناً عند الحنابلة : انت برية . انت بائن . انت خلية .

ما نراه في حكم الطلاق بلفظ الكناية :

والحق اننا لا نجد مبررا للتفرقة بين الصريح والكناية فما كان بائناً في لفظ صريح فيجب أن يكون بائناً في لفظ الكناية [2] ومن غير المعقول ان نعطي حكم الكناية البينونة مع ان حكم اللفظ الصريح انه طلاق رجعي والمفروض ان الكناية تنوب مناب اللفظ الصريح في التعبير عن ارادة المطلق .

وأما الفقهاء الذين توسعوا في الالفاظ التي يقع بها الطلاق بلفظ الكناية ، إلى حد يمكن القول معه انهم لم يتركوا لفظاً خطر في بالهم الا وذكروه على أنه يصلح للتفريق

---

(١) جاء في الروض النضير ١٤٨/٤ ونقل في البحر عن العترة جميعاً أن الكنايات كالصريح في انقسامها إلى رجعي وبائن اذا لم يفصل الدليل . ويعني بالبائن : أن يكون قبل الدخول أو ثالثة أو على عوض . وقد ذكر أحد الزملاء المؤلفين أن رأي الشيعة الجعفرية على خلاف ما ذكرناه وسبب ذلك أنه ينقل عن كتاب البحر الزخار في الفقه الزيدي على أنه من الفقه الجعفري في جميع أبحاثه .
راجع الطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون للدكتور أحمد الغندور ص ١٨٢ ، ١٨٦ .
والكتاب المذكور رسالة دكتوراه قيمة قدمها المؤلف في جامعة الخرطوم .

(٢) الزيلعي ٢١٦/٢ ، المغنى ٢٦٩/٨ ، بداية المجتهد ٤٦/٢ .

كأن الشارع سهل امر الطلاق إلى هذا الحد بحيث لو قال الزوج لزوجته اذهبي أو اقعدي كان لفظ كناية يقع به الطلاق إن نواه أو قامت دلالة الحال مقام ذلك ، ان هذا المنحى يخالف روح نظام الطلاق الذي هو ابغض الحلال إلى الله .

ولهذا فإني أميل إلى رأي الظاهرية والجعفرية من حيث تقييد الالفاظ التي يقع بها الطلاق لا بالشكل الذي جاء في هذه المذاهب بل أقول بأن كل لفظ اشتهر وعرف بين الناس عامة على ان المراد منه الطلاق بحيث لا يحتمل معنى آخر يقع به الطلاق وما دون ذلك لا يقع به شيء .

ما جاء في القانون المصري م ٤ : كنايات الطلاق وهي ما تحتمل الطلاق وغيره لا يقع بها الطلاق الا بالنية .

وفي القانون السوري م ٩٣ : يقع الطلاق بالالفاظ الصريحة فيه عرفا دون حاجة إلى نية ، ويقع بالالفاظ الكنائية التي تحتمل معنى الطلاق وغيره بالنية .

ومن هذا يلاحظ ان القانونان استمدا هذه المواد من المذهب الشافعي .

ما يقوم مقام اللفظ في التطليق :

الطلاق بالكناية ، والطلاق بالاشارة .

هل يجوز الطلاق كتابة ؟ ... وهل يحتاج فيه المطاق إلى النية ؟ ... ثم هل تقوم الاشارة مقام اللفظ في الطلاق ؟ ...

قال الظاهرية والجعفرية : لا يقع بالكتابة طلاق .

وقال الجمهور يقع الطلاق بالكتابة .

الظاهرية :

قال الظاهرية : لا يقع الطلاق بالكتابة لان اسم الطلاق قد ورد في القرآن الكريم على اللفظ لا على الكتابة .

قال ابن حزم [1] : « ومن كتب إلى امرأته بالطلاق فليس شيئاً » وقال : قال الله تعالى « الطلاق مرتان » وقال تعالى : « فطلقوهن لعدتهن » ولا يقع في اللغة التي خاطبنا

---

(١) المحلى ١٠/١٩٧ .

الله تعالى بها ورسوله صلى الله عليه وسلم اسم تطليق على أن يكتب انما يقع ذلك على اللفظ به فصح ان الكتاب ليس طلاقاً حتى يلفظ به اذ لم يوجب ذلك نص » .

الجعفرية :

وذهب الجعفرية إلى أن الطلاق بالكتابة من الحاضر لا يقع دون خلاف وأما الكتابة من الغائب فلا يقع بها الطلاق على المعتمد المشهور عندهم .

جاء في جواهر الكلام [١] : « ولا يقع الطلاق بالكتابة من الحاضر وهو قادر على التلفظ قولا واحداً ، لما جاء في صحيح زرارة : قلت لأبي جعفر : رجل كتب بطلاق او بعتق غلامه ثم بداله فمحاه قال : ليس ذلك **بطلاق ولا عتاق حتى يتكلم به** » .

وفي السرائر[٢] : قال شيخنا أبو جعفر[٣] - في نهايته : فان كتب بيده أنه طلق امرأته وهو حاضر ليس بغائب لم يقع الطلاق ، فان كان غائباً فكتب بيده ان فلانة طالق وقع الطلاق.

وقال محمد بن ادريس : « لا يقع الطلاق اذا كتب بخطه ان فلانة طالق وان كان غائباً بغير خلاف . لانا نراعي لفظاً مخصوصاً يتلفظ به المطلق ومن كتب فما تلفظ بغير خلاف والاصل بقاء العقد وثبوته ، ثم قال : وشيخنا ابو جعفر قد رجع عما قاله في نهايته » .

وقال صاحب تحرير الاحكام بعد ان ذكر رأي الطوسي السابق : « وليس ذلك بجيد » [٤] .

الطلاق بالاشارة :

وقال الجعفرية : يقع الطلاق بالاشارة من العاجز عن النطق لانها الوسيلة للتعبير عن ارادته .

في جواهر الكلام [٥] : « ولا يقع بالاشارة قولا واحدا الا مع العجز عن النطق

---

(١) جواهر الكلام ٥/٢٨٣

(٢) السرائر ٣٣٨ .

(٣) هو أبو جعفر الطوسي .

(٤) تحرير الاحكام ٢/٥٣ .

(٥) جواهر الكلام المصدر السابق .

فيقع . لانه لا إشكال في أنه يقع طلاق الاخرس وعقده وايقاعه بالاشارة الدالة على ذلك.
وفي الروضة البهية [1] : « وطلاق الاخرس بالاشارة المفهمة له . »

* * *

مذهب الجمهور :

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الطلاق يقع بالكتابة المستبينة ، وهي التي تبقى بعد كتابتها ويمكن قراءتها [2] كما يقع باللفظ مع خلاف فيما بينهم في اشتراط النية في الكتابة أو عدم اشتراطها وفيما اذا كانت الكتابة بالفاظ صريحة ام كانت بالفاظ كنائية . وهذه آراء المذاهب في الطلاق بالكتابة والاشارة .

الاحناف :

الكتابة المستبينة عند الاحناف قسمان : مستبينة ، وغير مرسومة فالاولى كمن يكتب إلى زوجته باسمها وعنوانها قائلا يا فلانة انت طالق . واما غير المرسومة ، فهي على خلاف ذلك كما لو كتب فلانة طالق او زوجتي طالق دون ان يوجه الكتابة اليها .

والفرق بين القسمين عندهم ان الكتابة المستبينة المرسومة ان كانت بالفاظ صريحة فلا تحتاج إلى نية فلو ادعى انه لم ينو طلاقا لم يصدق . أما ان كانت بلفظ كناية فتحتاج إلى النية . أما الكتابة غير المرسومة فتعتبر من الكنايات فلا يقع بها طلاق الا مع النية . سواء كانت بالفاظ صريحة ام بالفاظ كنائية فلو ادعى انه لم ينو طلاقاً صدق في ذلك .

قال ابن عابدين [3] : « وان كانت مستبينة لكنها غير مرسومة ان نوى الطلاق يقع والا لا . وان كانت مرسومة يقع الطلاق نوى او لم ينو » .

وقال الاحناف يجوز طلاق الاخرس بالاشارة لانها الوسيلة للتعبير عن ارادة التطليق.
جاء في الهداية [4] : « وطلاق الاخرس واقع بالاشارة لانها صارت معهودة

---

(١) الروضة البهية ٢/١٤٧ .
(٢) أما الكتابة غير المستبينة فهي التي لا يمكن قراءتها كمن يكتب في الهواء أو على سطح الماء .
(٣) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٢/٤٣٩
(٤) الهداية مع الفتح ٣/٤٢ .

فاقيمت مقام العبارة دفعاً للحاجة . ومن الطبيعي أنه كما جازت اشارته للتعبير عن عزمه على الطلاق أن يصح طلاقه بالكتابة ان قدر عليها » .

قال ابن الهمام [١] : « فاذا طلق الاخرس امرأته بالكتابة وهو يكتب جاز عليه من ذلك ما يجوز على الصحيح لانه عاجز عن الكلام قادر على الكتابة فهو والصحيح في االكتاب سواء » [٢]

المالكية :

وذهب المالكية ان الزوج اذا كتب إلى زوجته بطلاقها وهو عازم على ذلك يقع الطلاق بمجرد كتابته .

قال الخرشي [٣] : « ان الزوج اذا كتب إلى زوجته او إلى غيرها أنه طلقها وهو عازم على ذلك فان الطلاق يقع عليه بمجرد فراغه من الكتابة » .

وقال المالكية أيضا يقع الطلاق بالاشارة المفهومة التي تدل على وقوع الطلاق سواء من الاخرس ام من السليم فان كانت الاشارة مفهومة لدى من يراها اعتبرت كالطلاق الصريح لا تحتاج إلى نية والا كان لا بد من النية لايقاع الطلاق بها .

قال الخرشي [٣] : « ولزم الطلاق بالاشارة المفهمة بأن احتف بها من القرائن ما يقطع من عاينها بأنه فهم منها الطلاق وهي كصريحة فلا تفتقر إلى نية . وان لم يقطع من عاينها بذلك فهي كالكتابة الخفية فلا بد فيها من النية وسواء في ذلك الأخرس والسليم»

---

(١) الفتح على الهداية نفس المصدر السابق .

(٢) نصت المادة ٢٢٥ من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية : لايصح الطلاق إلا بصيغة مخصوصة أو ما يقوم مقامها ، والصيغ المخصوصة بالطلاق إما صريحة أو كناية. فالصريحة هي الالفاظ المشتملة على حروف الطلاق والالفاظ التي غلب استعمالها عرفاً في الطلاق بحيث لا تستعمل إلا فيه باي لغة من اللغات . وما يقوم مقام الصيغة الصريحة هي الكتابة المرسوم المستبينة وإشارة الاخرس والإشارة إلى العدد بالاصابع مصحوبة بلفظ الطلاق ، وبما ذكر يقع الطلاق بلا نية ، إنما لا بد لوقوعه من إضافة اللفظ إلى المرأة المراد تطليقها ولو الاضافة معنوية .

والكناية هي الالفاظ التي توضع للطلاق وتحتمله وغيره وهذه لا يقع بها الطلاق إلا بنية أو دلالة الحال . ويقوم مقام صيغة الكناية الكتابة المستبينة الغير المرسومة فتتوقف على النية .

(٣) الخرشي على خليل ١٨٩/٣ .

الحنابلة :

يصح الطلاق بالكتابة عند الحنابلة كما يصح بالاشارة ممن لا يقدر على النطق ، لان الكتابة والاشارة تقومان مقام اللفظ وتعبران على عزم المطلق عن الطلاق .

قال ابن قدامة [1] : « ولا يقع الطلاق بغير لفظ الطلاق إلا في موضعين : احدهما : من لا يقدر على الكلام كالأخرس اذا طلق بالاشارة طلقت زوجته ... لانه لا طريق إلى الطـــلاق الا بالاشارة فقامت اشارته مقام الكلام من غير نية كالنكاح . فأما القادر فلا يصح طلاقه بالاشارة كما لا يصح نكاحه بها ... ثانيهما : اذا كتب الطلاق فان نواه طلقت زوجته » .

ومما يفهم من كلام ابن قدامة انه اذا لم ينو بالكتابة الطلاق فلا يقع به شيء . ولكني وجدت ان الصحيح من المذهب ان الطلاق يقع بالكتابة من غير نية ــ فقد جاء في الانصاف في بحث الطلاق بالكتابة [2] : « اما اذا لم ينو : يقع من غير نية وهو الصحيح من المذهب » .

وفي المحرر [3] : « ومن كتب طلاق زوجته ونواه ، او لم تكن له نية وقع ــ وعنه لا يقع الا بنية . أما ان نوى بالكتابة غير الطلاق فلا يقع به شيء » .

جاء في التنقيح المشبع للمرداوي [4] ــ « وان نوى تجويد خطه أو غمّ أهله قبل حكما » أي ان ادعى انه ما أراد الا تجويد خطه حين كتب طلاق زوجته يقبل منـــه ادعاؤه قضاء ولا يقع الطلاق .

الشافعية :

ولا يقع الطلاق لدى الشافعية بالكتابة الا اذا اقترن ذلك بالنية . كما تعتبر الاشارة المعهودة من الاخرس في طلاقه ، فان كانت مفهومة لدى الناس فلا تحتاج إلى نية اما

---

(١) المغنى ٨/٤١٢ .
(٢) الانصاف ٨/٤٧٣ .
(٣) المحرر ٢/٥٤ .
(٤) التنقيح المشبع ص ٢٣٦ .

اذا لم يفهمها الا بعض الناس دون آخرين فتعتبر كناية لا يقع بها الطلاق الا بالنية .

وقال الشافعية : ان الاشارة من القادر على النطق بالطلاق لغو .

جاء في متن المنهاج [١] : وإشارة ناطق بطلاق لغو ، وقيل كناية ، ويعتد بإشارة أخرس في العقود . فان فهم طلاقه بها كل أحد فصريحة ، وان اختص بفهمه فطنون فكناية ، ولو كتب ناطق طلاقا ولم ينوه فلغو وان نواه فالاظهر وقوعه .

وفي مختصر المزني [٢] : « ولو كتب بطلاقها فلا يكون طلاقاً الا بأن ينويه » .

وحسنا ما ذهب اليه الشافعية من عدم الاعتداد باشارة القادر على النطق في الطلاق لان الاشارة اعتبرت من الاخرس لعدم قدرته على الكلام ولا مبرر لاعتبارها من غيره طالما كان قادراً على التعبير عن ارادته تعبيراً صحيحاً دقيقاً بكلامه الصريح .

* * *

التعبير عن ارادة الزوج بطلاق زوجته سواء كان بالكتابة ام بالاشارة تعتبر من الكنايات لدى الزيدية لا يقع بها الطلاق الا بالنية سواء كانت بالفاظ صريحة ام كانت بالفاظ كنائية [٣] .

جاء في التاج المذهب [٤] : « والكتابة على ضربين : لفظ وغير لفظ — فغير اللفظ كالكتابة بالطلاق أي المرتسمة واشارة الاخرس المفهمة . »

وفي المنتزع المختار [٥] : « والكناية على ضربين لفظ وغير لفظ — فغير اللفظ

---

(١) مغنى المحتاج ٤٨٤/٢ .

(٢) مختصر المزني ٧٥/٤ .

(٣) ذهب أستاذنا الشيخ الخفيف إلى أن الطلاق بالكتابة لدى الزيدية إن كان بلفظ الكناية لا يقع إلا بالنية والمفهوم من كلامه أن الكتابة بلفظ صريح يقع بها الطلاق بدون نية فقد جاء في فرق الزواج ص ١٠٤ أما اذا كانت عبارتها بالفاظ الكنايات فانه لايقع الا بالنية . وإلى هذا ذهب الزيدية كما تدل على ذلك عبارة المنتزع . وإلى مثل هذا ذهب أستاذنا الشيخ محمد زفزاف في مذكراته فقه القرآن والسنة ص ١١٧ .

(٤) التاج المذهب ١١٩/٢ .

(٥) المنتزع المختار ٣٨٥/٢ .

هو كالكتابة المرتسمة .. »

وقد جاء عقب ذلك في الحاشية قول الشارح : « سواء كتب صريحا او كناية »

وعلى هذا فالكتابة لدى الزيدية تعتبر كناية لا يقع بها الطلاق الا بالنية .

هذه خلاصة ما ذهب اليه الفقهاء فيما يقوم مقام اللفظ في الطلاق .

* * *

ويظهر لي ان تشدد الجعفرية والظاهرية في عدم الاعتداد بالطلاق ان كان بالكتابة تشدد لا مبرر له لان القصد من اللفظ هو التعبير عن ارادة الزوج في مفارقه زوجته وهذا التعبير قد يكون بالألفاظ كما يكون بالكتابة وخاصة ان كان الزوج غائباً [1] .

كما اني اميل إلى اشتراط نية الطلاق في الكتابة اذ لا يجوز ان تكون عرى الزوجية مهددة بالزوال بمجرد جرة قلم فلا بد من القصد إلى الطلاق سواء أكان باللفظ ام بالكتابة وسوف نعود إلى هذا البحث مطولا .

وأما فيما يتعلق باشارة الاخرس فيبدو لي انه لو اشترطنا الكتابة على من يقدر عليها بدل الاشارة كان أضمن للتعبير عن حقيقة مراد من لا يستطيع التلفظ بلسانه عما في نفسه اذ الكتابة تقوم مقام اللفظ حينئذ حين تعذره .

---

(١) وكذلك فان القانون المدني لم ينص على شكل معين للتعبير عن الارادة فقد جاء في المادة ٩٠ من القانون المدني المصري : التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالاشارة المتداولة عرفاً . راجع شرح القانون المدني : محمد علي عرفة ص ٥٦ — الوسيط للدكتور السنهوري ص ٢٣٩ .

الفرع الثاني

التعليق على شرط والاضا فة الى المستقبل

الصيغة التي يقع بها الطلاق سواء اكانت بلفظ صريح ام بلفظ كتابي قد تكون منجزة أو معلقة على شرط او مضافة إلى المستقبل [1] .

فالطلاق المنجز : هو ما كان بصفة مطلقة غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى المستقبل كقول الزوج لزوجته : أنت طالق . ويترتب على الطلاق المنجز أثره فور صدوره .

والطلاق المعلق على شرط : هو ما كان بصيغة معلقة على شرط . والتعليق هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى كقول الزوج لزوجته ان دخلت الدار فانت طالق . والجملة الاولى تسمى جملة الشرط والثانية جملة الجزاء .

ويترتب على الطلاق المعلق على شرط انه لا يقع الا عند حصول مدلول جملة الشرط وهي في المثال السابق : دخول الزوجة الدار .

والطلاق المضاف إلى المستقبل : هو ما اقترنت صيغته بزمن يقصد وقوع الطلاق فيه ويترتب على هذه الصيغة أنه لا يترتب أثر الطلاق وحكمه إلا بمجيء الوقت المضاف

---

(١) جاء في المادة ٢٥١ من الاحكام الشرعية في الأحوال الشخصية : الطلاق لفظياً كان أو بالكتابة يصح أن يكون منجزاً أو معلقاً . فالمنجز ما كان بصيغة مطلقة غير مقيدة بشرط ولا مضافة إلى وقت وهذا يقع في الحال والمعلق ما كان معلقاً بشرط أو حادثة أو مضافاً إلى وقت وهذا يتوقف وقوعه على وجود الشرط أو الحادثة أو حلول الوقت المضاف اليه . والتعليق يمين .

والخلاصة : ان الطلاق المنجز ينعقد سبباً في الحال ويعقبه حكمه في الحال .

والمضاف ينعقد سبباً في الحال ولكن لا يترتب عليه حكم الا عند مجيء الوقت المضاف اليه .

واما المعلق فلا ينعقد سبباً الا عند وجود الشرط (١) .

والأصل في الطلاق ان يكون بصيغة منجزة . ولهذا لا خلاف بين الفقهاء فيمن طلق بصيغة منجزة انه يقع طلاقه اذا ما توفرت شروطه . أما الخلاف فهو في الصيغة المعلقة على شرط والمضافة إلى المستقبل .

اراء المذاهب في قابلية الطلاق لهذه الشروط (٢)

قال الظاهرية والجعفرية : لا يكون الطلاق الا منجزاً .

وقال جمهور الفقهاء : يصح الطلاق منجزاً ومعلقاً على شرط ومضافاً إلى المستقبل مع خلاف يسير فيما بينهم .

رأي الظاهرية :

قال الظاهرية : لا يقع الا الطلاق المنجز فمن علق طلاقه على شرط او أضافه إلى زمن فهو باطل والزوجية قائمة لانه لم يرد في القرآن الكريم ولا في سنة الرسول عليه السلام طلاق غير منجز .

---

(١) الطرق التي تثبت بها الاحكام أربعة : ١- الاقتصار أي ثبوت الحكم في الحال كإنشاء الطلاق المنجز مثل قوله أنت طالق فالحكم يبتدىء من وقت وجود السبب مقتصر عليه فلا يتقدمه ولا يتأخر عنه ٢ - الانقلاب أي صيرورة ما ليس بعلة علة كالتعليق فاذا قال لزوجته أنت طالق إن دخلت الدار.كانت جملة أنت طالق علة لثبوت حكمه وهو الطلاق . لكنه بالتعليق لا ينعقد علة الا عند وجود شرطه وهو كلامها لفلان فاذا وجد الشرط انقلب ما لم يكن علة وقت التكلم به إلى علة . ٣- التبيين : أي أن يتبين ويظهر في الحال تقدم الحكم كقوله إن كان أخوك في الدار فانت طالق ثم تبين أنه كان في الدار وقت أن قال الزوج ذلك فانها تطلق من حين القول وتبتدىء عدتها من وقته وان لم يظهر الامر الا بعد ذلك ولو بمدة . ٤- الاستناد أي ثبوت الحكم في الحال مستنداً إلى ما قبله كما لو غصب إنسان ساعتك ثم ضمنته قيمتها بعد الغصب بمدة فانه يملكها بسبب الضمان ملكا مستندا إلى وقت الغصب . وعلى ذلك تصح تصرفاته فيما بعد الغصب . الاحوال الشخصية ، أحمد ابراهيم ص ٢٦٢ .

(٢) راجع المدخل الفقهي للاستاذ مصطفى الزرقاء ص ٣٦٨ .

جاء في المحلى [1] : « من قال : إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق او ذكر وقتاً ما فلا تكون طالقاً بذلك لا الآن ولا اذا جاء رأس الشهر . برهان ذلك : انه لم يأت قرآن ولا سنة بوقوع الطلاق بذلك فقد بين الله تعالى الطلاق على المدخول بها وفي غير المدخول بها ، وقال : ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه » .

وقال ابن حزم : ان كل طلاق لا يقع حين ايقاعه فمن المحال ان يقع بعد ذلك في حين لم يوقعه فيه .

الجعفرية :

وذهب الجعفرية أيضاً إلى عدم وقوع الطلاق غير المنجز فمن علق طلاقه على شرط أو إضافة إلى المستقبل لم تطلق زوجته لحصر صيغة الطلاق بلفظ انت طالق كما سبق وذكرنا في بحث الصريح والكناية .

وقد جاء في جواهر الكلام في بحث صيغة الطلاق : انه يشترط أن تكون الصيغة مجردة من الشرط والصفة ، فلا يصح تعليق الصيغة ولا إضافتها سواء أكان الشرط المعلق عليه واجب الوجود في المستقبل او على خطر الوجود فيه . ولم أقف على خلاف فيه .

وعللوا ذلك بقولهم : ان ظاهر أدلة الحصر في قول أنت طالق يقتضي عدم سببية الصيغة المشتملة على التعليق [2] .

وفي المختصر النافع [3] : ويشترط تجريده عن الشرط والصفة .

غير أني وجدت في الروضة البهية ان الزوج إذا علق الطلاق على شرط موجود حال التلفظ بالصيغة وقع الطلاق . فقد علق صاحب الروضة البهية على ما جاء في اللمعة الدمشقية : ان الطلاق لا يقع معلقاً على شرط أو صفة فقال : الا أن يكون الشرط

---

(١) المحلى ٢١٣/١٠ .
(٢) جواهر الكلام ٢٩٠/٥ .
(٣) المختصر النافع ص ٢٢٢ .

معلوم الوقوع له حال الصيغة كما لو قال انت طالق ان كان الطلاق يقع بل هو يعلم وقوعه على الأقوى ، لأنه حينئذ غير معلق .

والحق ان هذا تعليق صوري لا يسمى تعليقاً لأنه يشترط في التعليق أن يكون الشرط على خطر الوجود لا على أمر وجود . وهذا محل اتفاق بين جميع الفقهاء إذ أنهم ذكروا في كتبهم ان لو قال لها إن كانت السماء فوقنا فانت طالق كان هذا طلاقاً منجزاً .

مذهب جمهور الفقهاء :

وذهب الجمهور إلى أن الطلاق يصح تعليقه بشرط أو إضافته إلى زمن مستقبل مع خلاف يسير فيما بينهم سوف نوضحه بايجاز دون خروج على وحدة بحثنا [١] .

وحجة الجمهور فيما ذهبوا اليه : ان الوفاء بالعقود واجب لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود . وقول الرسول عليه السلام : المؤمنون عند شروطهم [٢] .

---

(١) تنقسم العقود عند الاحناف بالنسبة إلى قبولها التعليق أو عدم قبولها ثلاثة أقسام :
١) مالا يصح تعليقه بأي شرط وهي :
١– عقود التمليك المالية كالبيع والشراء .
٢– عقود المبادلا ت غير المالية كالزواج والخلع .
٣– الرهن والاقالة .
٢) ما يصح تعليقه بأي شرط ويشمل :
١– الاسقاطات المحضة كالطلاق والعتاق .
٢– الوكالة والوصية والايصاء .
٣) ما يصح تعليقه بالشرط الملائم له دون غيره كالكفالة و الحوالة والاذن للصبي بالتجارة .
وتنقسم العقود عند الحنفية بالنسبة للاضافة :
١) عقود لا تنعقد إلا مضافة كالوصية
٢) وعقود لا تصح مع الاضافة كالبيع .
٣) وعقود تصح اضافتها فتكون تارة منجزة وتارة مضافة إلى المستقبل كالا جارة والطلاق والوكالة . أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف ص ٢٢٠ .

(٢) المهذب ٩٣/٢ الروض النضير ١٥٩/٤ المغنى ٣١٨/٨ .

الصيغة المضافة الى المستقبل :

اذا قال الزوج لزوجته أنت طالق غداً أو بعد شهر فالفقهاء الذين اوقعوا الطلاق بالصيغة المضافة إلى المستقبل انقسموا إلى رأيين :

ففريق منهم قال : ان الطلاق يقع في الحال وهو مذهب مالك وقول سعيد بن المسيب والليث بن سعيد وزفر .

وحجة أصحاب هذا القول : أن الزوج بهذه الاضافة قد جعل استباحة زوجته إلى أجل محدود ، فالفترة بين ايقاع الطلاق وبين وقوعه في الزمن المضاف اليه يعتبر توقيتاً للنكاح والوطء فيه وطء في نكاح موقت وهذا لا يجوز فتجنباً لتوقيت النكاح بهذه المدة قالوا يقع الطلاق في الحال .

جاء في بداية المجتهد [1] : « واما تعليق الطلاق بالافعال المستقبلة فان الأفعال توجد على ثلاثة أضرب :....

واما ما لا بد من وقوعه كطلوع الشمس غداً فهذا يقع ناجزاً عند مالك . »

وذهب الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية إلى ان الصيغة المضافة إلى المستقبل يقع بها الطلاق في الوقت الذي أضيف اليه .

وحجة اصحاب هذا الرأي ان الصيغة المضافة إلى المستقبل هي تعليق للطلاق على صفة معينة . فاذا لم توجد هذه الصفة فلا يقع الطلاق .

وأما ذكره اصحاب الرأي الاول من ان في الصيغة المضافة إلى المستقبل توقيت للنكاح غير صحيح انما التوقيت في هذه الصيغة هو الطلاق وتوقيت الطلاق صحيح .

آراء المذاهب :

جاء في بداية المبتدي [2]: ولو قال انت طالق غداً وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر.

---

(١) بداية المجتهد ٤٨/٢ .

(٢) بداية المبتدي ٦١/٢

وفي المغنى [1] : واذا وقع الطلاق في زمن او علقه بصفة تعلق بها لم يقع حتى تأتي الصفة والزمن .

وقد علل ابن قدامة ذلك بقوله : – لأنه ازالة ملك يصح تعليقه بالصفات فمن علقه بصفة لم يقع قبلها ... ولانه تعليق للطلاق بصفة لم توجد كما لو قال انت طالق اذا قدم الحاج وليس هذا توقيتاً للنكاح وانما هو توقيت للطلاق وهذا لا يمنع .

وفي المهذب [2] : اذا علق الطلاق بشرط لا يستحيل كدخول الدار ومجيء الشهر تعلق به فاذا وجد الشرط وقع واذا لم يوجد لم يقع .

وفي التاج المذهب [3] : اما اذا علقه بمعلوم الحصول كطلوع الشمس . فان علقه بالنفي نحو ان لم تطلع الشمس او نحوه فأنت طالق فلا يقع – وان علقه بالاثبات نحو ان طلعت الشمس لم يقع الا بحصول الشرط .

الصيغة المعلقة على شرط :

هي كل عبارة اقترنت بشرط من الشروط يدل على ربط وقوع الطلاق به بأداة من ادوات الشرط [4] والامر المعلق عليه الطلاق قد يكون مستحيل الوجود ، أو محقق الوجود او يكون على خطر الوجود اي محتمل الوجود ، فالشرط المستحيل الوجود كما لو قال لزوجته ان دخل الجمل في سم الخياطة فأنت طالق ، فهذا لايقع به الطلاق عند جمهور الفقهاء ما عدا رواية في المذهب الحنبلي نصت على الوقوع [5] .

أما ان كان الشرط محقق الوجود كقوله ان كانت السماء فوقنا فأنت طالق فهذا في الحقيقة تعليق صوري اذ أنه اشبه ان يكون بالطلاق المنجز ولهذا يقع الطلاق في الحال [6] .

---

(١) المغنى ٨/٣١٨ .
(٢) المهذب ٢/٩٣ .
(٣) التاج المذهب ٢/١٣٠ .
(٤) أدوات الشرط : إن واذا ومتى ومن وأي ، وكلما ، وهذه تفيد التكرار .
(٥) المغنى ٨/٣٨٤ .
(٦) الدر المنتقى ٢/٤١٧ . شرح الخرشي ٣/١٨٩ . نهاية المحتاج ٦/١٢٥ .

واما ان كان الشرط محتمل الوجود وهي الصيغة الغالبة كقوله ان دخلت الدار فانت طالق فهذه صيغة تعلق بها امر دخول الدار بارادة الزوجة فمتى دخلت الدار طلقت وان لم تدخل لم تطلق .

هذه الصيغة الاخيرة يمكن ان تكون على عدة أنواع بالنسبة لقصد الزوج حين علق الطلاق .

١) فقد يكون قصد الزوج من الشرط مدلوله اللغوي وهو وقوع الطلاق عند حصول الشرط ، فاذا قال لها ان خرجت من الدار بدون اذني فانت طالق ، ويقصد في هذا الطلاق إن خرجت بدون اذنه .

وقد يكون قصد الزوج تخويف زوجته ليمنعها من عمل ما مثلاً كقوله لها ان سافرت فانت طالق وهو يقصد منعها من السفر ولا يقصد طلاقها .

٣) وقد لا يكون للزوجة دخل في قصده ونيته كمن يقصد حمل آخر على فعل شيء فيقول له ان لم تذهب معي فامر أتي طالق .

٤) وقد يقصد الزوج بتعليقه طلاق زوجته تقوية عزيمة نفسه على فعل او تركه كقوله : ان لم اسافر فزوجتي طالق وقصده السفر لا الطلاق .

٥) وهناك تعليق للطلاق على امر طبيعي لا دخل لارادة الانسان فيه كقولـــه لزوجته : ان هطلت الامطار بعد اسبوع فأنت طالق . وهذه الصورة تشابه الصورة الاولى .

وفي جميع هذه الصور يقع الطلاق حين وقوع الامر المعلق عليه . ولا تختلف هذه الصور بعضها عن بعض إلا من حيث قصد المتكلم ونيته [1]

ولكن جماعة من الفقهاء والمتأخرين وعلى رأسهم ابن تيميه وتلميذه ابن القيم ، فرقوا بين هذه الصور المختلفة في الصيغة المعلقة على شرط وقالوا اذا كان قصد الزوج من هذه الصيغة حمل الغير على فعل او تركه فالطلاق لا يقع ، وبعبارة اخرى اذا لم يكن قصد الزوج من كلامه هذا تطليق زوجته ، فلا تعتبر الصيغة بل تعد لغواً ولا طلاق.

---

(١) الاحوال الشخصية محي الدين عبد الحميد ص ٢٧٥ .

جاء في فتاوى ابن تيميه [1] . . فان كان مقصودة ان يحلف بذلك ليس غرضه وقوع هذه الامور كمن ليس غرضه وقوع الطلاق اذا وقع الشرط فحكمه حكم الحالف وهو من باب اليمين .

واما ان كان مقصوده وقوع هذه الامور كمن غرضه وقوع الطلاق عند وقوع الشرط مثل ان يقول لامرأته ان ابرأتني من صداقك فأنت طالق بخلاف من كان غرضه ان يحلف عليها ليمنعها ولو فعلته لم يكن له غرض في طلاقها .

فانها تارة يكون طلاقها أكره اليه من الشرط فيكون حالفاً وتارة يكون الشرط المكروه أكره اليه من طلاقها فيكون موقعاً للطلاق اذا وجد ذلك الشرط فهذا يقع به الطلاق .

فالاصل في هذا : ان ينظر إلى مراد المتكلم ومقصوده فان كان غرضه ان تقع هذه الامور و قعت منجزة . او معلقة اذا قصد وقوعها عند وقوع الشرط . وان كان مقصوده ان يحلف بها وهو يكره وقوعها اذا حنث وان وقع الشرط فهذا حالف بها لا موقع لها فيكون قوله من باب اليمين لا من باب التطليق .

ومن هذا يظهر لنا : ان الطلاق المعلق على شرط بالنظر إلى المعنى نوعان : نوع في معنى اليمين ، وهو ما أريد به الحث على فعل شيء معين ، او الحمل على تركه ، دون ان يقصد الزوج به الطلاق .

قال ابن القيم في أعلام الموقعين [2] : الحلف بالطلاق له صفتان : احداهما ان فعلت كذا فأنت طالق والثانية الطلاق يلزمني لأفعل كذا .

والنوع الاخير فهو ما يقصد به أيقاع الطلاق كما لو اتفق الزوجان على الطلاق نظير مبلغ تقدمه الزوجة لزوجها فقال لها ان دفعت لي مائة دينار فأنت طالق . فهذا التعليق

---

(١) فتاوى ابن تيمية ٣/٢ .

(١) أعلام الموقعين ٣/٧١ .

قصد المتكلم به ايقاع الطلاق حين حدوث الامر المعلق عليه وهو دفع المبلغ المذكور .

وبرأي ابن تيميه أخذ المشرع المصري حيث نص في المادة ٢ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٥ : لا يقع الطلاق غير المنجز اذا قصد به الحمل على فعل شي أو تركه لاغير.

وبمثل هذا النص جاء المنشور الشرعي رقم ٤١ لسنة ١٩٣٥ في جمهورية السودان . وجاء في المادة ٩٠ من القانون السوري : لا يقع الطلاق غير المنجز اذا لم يقصد به الا الحث على فعل شيء او المنع منه او استعمل استعمال القسم لتأكيد الاخبار لا غير .

أما القانون الاردني فقد جاءت فيه مواد متعارضة في هذا الموضوع :

م ٧٥ : تعليق الطلاق بالشرط صحيح .

م ٧٦ : اضافة الطلاق إلى الزمان المستقبل صحيحة .

ثم اذا رجعنا إلى غير هاتين المادتين نجد :

م ٧٠ : لا يقع الطلاق غير المنجز اذا قصد به الحمل على فعل شيء او تركه .

ولا بد للتوفيق بين هذه المواد من القول بأن الطلاق المعلق يقع اذا لم يقصد به المطلق الحمل على فعل او تركه وبهذا يصبح كبقية القوانين المصرية والسودانية والسورية وكان يكفي المادة ٧٠ لبيان المراد .

وفي حكم محكمة الاستئناف الاردنية [1] : اذا طلبت الزوجة من زوجها الطلاق مقابل ابرائها له من سائر الحقوق ، وعلى ان تدفع له مبلغاً معيناً بتاريخ لاحق ، واجابها الزوج فوراً بالقبول والطلاق ، كان الطلاق منجزاً لا معلقاً ، والمبلغ يستحق الاداء في التاريخ المتفق عليه ، وليس للزوجة قبل ذلك .

---

(١) قرار محكمة الاستئناف في عمان في ١٩٦٢/٢/١٩ .

ما هو حكم الطلاق المضاف الى المستقبل في القانون المصري ؟

هل تشمل المادة السابقة حكم الطلاق المضاف إلى المستقبل ام انها جاءت بياناً لحكم الطلاق المعلق على شرط ؟ .

اختلف شراح القانون فبعضهم يقول ان الطلاق غير المنجز يشمل الطلاق المعلق على شرط والمضاف . وبعضهم يقول ان الطلاق المضاف إلى المستقبل يرجع في احكامه إلى المذهب الحنفي حيث لم تشر المادة اليه .

يقول استاذنا فضيلة الشيخ علي الخفيف في شرحه هذه المادة [1] :

وليس يقصد بالطلاق الحمل على فعل شيء او تركه ، الا في نوعي الطلاق المعلق المار ذكرهما (الصيغة المعلقة على شرط واليمين) وعلى ذلك صار الحلف بهما عند نية ذلك لغوا من القول لا يترتب عليه طلاق .

اما اذا اراد الزوج طلاقاً وكان له فيه وطر عند حدوث الشرط المعلق عليه . وكان الطلاق مضافاً إلى وقت مستقبل فانه يقع .

اما استاذنا الدكتور مدكور فيميل إلى الرأي الاخير فقد جاء في كتابه الزواج والفرقة [2] :

وفي الواقع ان هذه المادة لا تشمل المضاف لانه يأخذ حكم المنجز .

ونحن مع الرأي الثاني لان المادة صريحة بقولها الطلاق غير المنجز فهو يشمل المعلق على شرط والمضاف إلى المستقبل .

وعلى هذا فالطلاق اذا لم يكن منجزاً سواء أكان مضافاً إلى زمن او معلقاً على شرط اذا لم يقصد به الزوج الطلاق فلا يقع .

* * *

---

(١) فرق الزواج ص ١٢٨ .

(٢) الزواج والفرقة ص ١٧٧ .

رأينا في الطلاق غير المنجز :

لم يشرع الله الطلاق ليكون حل العقدة الزوجية على لسان كل زوج دون سبب او لاي سبب بل جعل له وقتاً مخصوصاً لا يجوز الطلاق في غيره فقال : « يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن . »

وسوف نرى في بحث الطلاق في الحيض انه لا يقع تفسيراً لهذه الآية الكريمة ولما جاء عن النبي عليه الصلاة والسلام . فاذا ما علق الزوج طلاق زوجته على فعل منها او على امر طبيعي كهطول المطر او على مجيء فلان فقد يحدث الامر المعلق عليه والزوجة في وقت لا يحل فيه الطلاق فما العمل ؟ .

ان الله سبحانه وتعالى حين حدد لنا وقتاً معيناً للطلاق انما يشير إلى ان الطلاق يجب ان يكون منجزاً لا معلقاً على أمر لا نعلم وقت حصوله .

ثم اذا اضفنا إلى وقت ما فما مصير الزوجة في الوقت الذي تنتظر فيه طلاقها كما لو قال لها انت طالق في رأس السنة وكانت السنة في بدايتها فهل هي زوجة في هذه الفترة الطويلة ؟ ....

قال جمهور الفقهاء الذين اجازوا الطلاق بالصيغة المضافة انها زوجته ويجوز له وطؤها ؟ .. فهل هذا معقول ؟ .. يعاشرها معاشرة الازواج ومصيرها الطلاق بعد شهور وايام ؟ ...

* * * *

وحسنا ما ذهب اليه المذهب المالكي اذ قال يقع الطلاق منجزاً لان في الاضافة معنى التوقيت في النكاح وهو اشبه بنكاح المتعة وهذا لا يجوز .

ثم ان الطلاق كما رجحنا في بحثنا في الاصل فيه الحظر ولا يباح إلا لحاجة ، فهذه الحاجة التي تدعو الى الطلاق ، اما أن تكون موجودة حين تعليقه ، او اضافته الطلاق او غير موجودة ، فان كانت الاولى فليطلقها طلاقاً منجزاً ان توفرت شروط الطلاق وان لم تكن الحاجة موجودة فأي داع يدعو الى الطلاق ؟ .

واما الايمان في الطلاق وهي وان كانت من أقسام التعليق الا ان الناس استعملوها أكثر من الصيغة المعلقة في بيوعهم ومعاملاتهم تقوية لعزائمهم وارضاء لمن يتعاملون معهم وقد يكون ذلك كذباً او صدقاً لا حاجة فيه .

وهذا كما يحدثنا ابن القيم في اعلام الموقعين لم يحدث الا في زمن الحجاج الثقفي . واليمين لم يشرعها الله للطلاق انما شرعت اليمين للتعبير الصادق عما في نية الحالف فان حنث فعليه الكفارة لا طلاق زوجته .

ولهذا فاني اميل حرصاً على المصلحة الزوجية وتحقيقاً للغرض الذي شرع له الزواج والهدف الذي يرمي اليه الطلاق الى عدم وقوع غير الطلاق المنجز .

وهذا ما ذهب اليه القانون المغربي اذ نص :
في الفصل ٥٠ : الحلف باليمين او الحرام لا يقع به طلاق .
وفي الفصل ٥٢ : الطلاق المعلق على فعل شيء او تركه لا يقع .
وجاء في القانون العراقي في المادة ٣٦ :
لا يقع الطلاق غير المنجز او المشروط او المستعمل بصيغة اليمين .

* * *

الفصل الثاني

« القصد »

هل يشترط القصد في الطلاق ؟ .. أي هل يشترط ان يكون المطلق قاصداً الطلاق حتى يقع طلاقه ام انه يقع الطلاق من كل مكلف بمجرد ان ينطق اللفظ الدال على وقوعه سواء أكان معبراً عن ارادة حقيقية ام لم يكن كذلك ؟ ..

للتعبير عن الارادة مظهران : مظهر خارجي يعبر عنه باللفظ ومظهر داخلي هو قصد المرء ونيته . والأصل ان الارادة الظاهرة دليل الارادة الباطنة (١) .

وعلى هذا فسنبحث في هذا الموضوع الحالات التالية بالنسبة للطلاق :

١ــ ان تصدر من المكلف عبارة الطلاق وهو قاصد اليها اي انه يقصد اللفظ والاثر الذي سيترتب عليه .

٢ــ ان يقصد بنفسه الطلاق اي ان ينوي طلاق زوجته بدون ان يتلفظ بشيء .

٣ــ ان يقصد اللفظ دون ان ينوي الطلاق اي لا يقصد طلاق زوجته بما تلفظ به .

٤ــ ان تصدر من المكلف عبارة الطلاق وهو لا يقصدها ولا يقصد اثرها انما حمل على ذلك بدون ارادته .

---

(١) راجع كتاب نظرية العقد للاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري ص ١١ –الملكية ونظرية العقد للاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ص ٢١٦ –التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي للدكتور وحيد الدين سوار ص ٣٧٠ .

او قد يكون في حالة لا يعرف فيها ما يقول .

٥ــ وقد تصدر من المكلف عبارة الطلاق ولكنه لا يقصد هذا اللفظ انما يقصد لفظاً آخر ومعنى آخر .

وتطبيقاً لما سلف نقول : ــ

ــ حين تكون العبارة معبرة عن القصد يقع الطلاق بلا خلاف وقد بحثنا هذا في مبحث الصريح والكناية ... ورأينا من يشترط النية مع اللفظ الصريح ومن لا يشترط النية الا بلفظ الكناية [١] .

وفي غير ذلك اي حين تختلف الارادة الظاهرة عن الارادة الباطنة فقد اختلف الفقهاء كما سنرى في البحوث التالية :

* * *

(١) راجع المدخل الفقهي للاستاذ مصطفى الزرقاء ص ٢٤٦ .

المبحث الاول

هل يقع الطلاق بمجرد النية بدون لفظ ؟ ...

من طلق زوجته بقلبه دون ان يتلفظ بشيء فهل تطلق زوجته بمجرد ما نواه ام لا بد من لفظ يعبر عن قصده وارادته الطلاق .

يكاد يكون الاجماع على ان من طلق في نفسه فلا عبرة بطلاقه الا ماجاء عن بعض المالكية من ان الطلاق النفسي يقع لان العبرة بالعزم وقد عزم عليه .

ادلة من قال بوقوع الطلاق النفسي :

١ــ قوله تعالى : « ان تبدوا ما في أنفسكم او تخفوه يحاسبكم به الله » فدلت الآية ان ما نخفيه في أنفسنا نحاسب عليه فمن طلق في نفسه فطلاقه صحيح .

٢ــ ما روي عن الزهري : انه يقع الطلاق بمجرد العزم عليه .

وروي عن ابن سيرين فيمن طلق في نفسه انه قال : اليس قد علمه الله [١] .

ادلة جمهور الفقهاء :

١ــ ان الطلاق لا بد فيه من لفظ مخصوص يدل عليه ، فاذا نوى الزوج الطلاق بقلبه فلا طلاق ما لم ينطق به على خلاف فيما بينهم في اشتراط القصد مع اللفظ او عدم اشتراط ذلك .

٢ــ واستدلوا بحديث رواه ابن ماجه : عن ابي هريرة قال : قال رسول الله :

---

(١) المغني ٨/٢٦٣ .

ان الله تجاوز لامتي عما توسوس به صدورها مالم تعمل به او تتكلم به وما استكرهوا عليه .

٣ـ ما روي عن عطاء وجابر بن زيد : من طلق في نفسه فليس بشيء . وعن قتادة والحسن : من طلق في نفسه فليس طلاقه ذلك بشيء .

وفي رأيي انه لا مجال لمؤاخذة المرء عما في نفسه مالم يظهر منه دليل واضح عما يقصده فمن نوى الطلاق فلا يقع طلاقه الا اذا اظهر نيته بلفظ يدل على ذلك او ما يقوم مقام اللفظ من اشارة أو كتابة .

وما جاء في أدلة من أوقع الطلاق النفسي ضعيف لا يصح الاحتجاج به . يقول ابن القيم في استدلالهم بالآية [1] : ان تبدوا ما في أنفسكم ... واما الآية فليس فيها ان المحاسبة بما يخفيه العبد الزام باحكامه بالشرع وانما فيها محاسبته بما يبديه ويخفيه ، ثم هو مغفور له او معذب فأين هذا من وقوع الطلاق بالنية ؟ ...

واما حديث انما الاعمال بالنيات فلا حجة لهم فيه اذ ان النبي صلى الله عليه وسلم يقرن النية بالعمل فلا عمل بدون نية .

يقول ابن حزم [2] : « وهذا الخبر حجة لنا عليهم لانه عليه الصلاة والسلام لم يفرد فيه النية عن العمل ولا العمل عن النية بل جمعهما معا ولم يوجب حكما باحدهما دون الآخر ، وهكذا نقول : ان من نوى الطلاق ولم يلفظ به اولفظ به ولم ينوه فليس طلاقاً الا حتى يلفظ به وينويه » .

---

(١) زاد المعاد ٣٨/٤ .

(٢) المحلى ١٩٩/١٠ ويرد ابن حزم على من يقيس الطلاق النفسي على الكفر في النفس ، وانه يكفر من اسر الكفر بقلبه ان في هذا جاءت نصوص صريحة ولم يرد في الطلاق نص على أن من طلق في نفسه لزمه الطلاق فقد قال تعالى : يا ايها الرسول لايحزنك الذين يسارعون في الكفر من الذين قالوا آمنا بافواههم ولم تؤمن قلوبهم . فخرج هؤلاء بنصوص القرآن عمن عفى عنهم .

المبحث الثاني

طلاق الهازل

قد ينطق الزوج بلفظ الطلاق وهو قاصد ذلك ولكنه لا يقصد أثر اللفظ أي وقوع الطلاق كما لو كان هازلاً . فطلاق الهازل فيه قصد لما يتلفظ به ولكنه لا ينوي الطلاق ولا يقصده انما ذكر ذلك لمجرد اللعب والهزل فهل يقع طلاقه ؟ .. [1]

قال جمهور الفقهاء : يقع طلاق الهازل لأنه لفظ صريح لا يحتاج إلى نية وان أثر العقود وترتبها على أسبابها هو من عمل الشارع لا من عمل المكلف فمتى طلـــق الزوج بكلام صريح ترتب عليه أثره سواء أكان جاداً ام هازلاً ، وقد استدلوا على هذا بحديث : « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد ، النكاح والطلاق والرجعة . »

وقال آخرون وهم **الظاهرية والجعفرية** وفريق من المالكية : إن طلاق الهازل غير صحيح لانه لا عزم له ولا إرادة فهو لم ينو الطلاق بلفظه ، ولا طلاق إلا مع القصد والنية لقوله تعالى : وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم .

وفي رأيي ان نقطة الخلاف في هذا الموضوع هي حول اشتراط النية في اللفظ الصريح فمعظم الذين قالوا يشترط القصد والنية مع اللفظ الصريح قالوا : لا يقع طلاق الهازل والذين لم يشترطوا النية اوقعوا طلاقه .

من قال بوقوع طلاق الهازل :

الاحناف : جاء في مجمع الانهر : [2] « ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ .. وكذا

---

(١) قال ابن الهمام في فتح القدير ٣/٣٤٧ :
أما الهازل فمريد لمعنى اللفظ غير مريد لحكمه فلا يلتفت لقصده عدم الحكم .
راجع : فرق الزواج للاستاذ علي الخفيف ص ٥٥ .

(٢) مجمع الانهر ١/٣٨٤ .

اللاعب والهازل بالطلاق » .

الشافعية جاء في الوجيز [1] الهزل : لا يؤثر ذلك في منع الطلاق .
وفي متن المنهاج [2] : « ولو خاطبها بطلاق هازلا او لاعبا .. وقع ..

الحنابلة : جاء في الشرح الكبير [3] : « ان الصريح لا يحتاج إلى نية بل يقع من غير قصد فمتى قال : انت طالق او طلقتك وقع من غير نية بغير خلاف ، لان ما يعتبر له القول يكتفي فيه به من غير نية ، ان كان صريحاً فيه سواء قصد المزح او الجد لقول النبي صلى الله عليه وسلم : ثلاث جدهن جد وهزلهن جد .. قال ابن المنذر : اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان جد الطلاق وهزله سواء » .

الزيدية : جاء في الروض النضير [4] بعد ان ذكر حديث ثلاث جدهن جد .. قال : « والحديث يدل على وقوع طلاق الهازل ويدل على ان الصريح لا يفتقر إلى نية وهو مذهب أكثر العترة . »

وفي المنتزع المختار [5] : « ويقع الطلاق .. ولو هازلا اي لم يقصد معنى الطلاق وانما قصد الهزل باللفظ هذا عند من جعل الصريح لا يفتقر إلى نية ومن جعله مفتقرا فانه يقول لا يقع طلاق الهازل » .

وبالرجوع إلى من اشترط في الصريح النية وجدنا [6] ما ذهب اليه الزيدية في المنتزع المختار قوله : والمذهب انه يكفي في الصريح قصد اللفظ ولا يحتاج إلى قصد المعنى . وعند الناصر والباقر والصادق : انه يفتقر إلى قصد المعنى وهي نية الطلاق .

المالكية : جاء في مختصر خليل [7] : « ولزم ولو هزل » .

---

(١) الوجيز ٢/٥٦ وفي مغني المحتاج ٣/٢٧٩ .
(٢) المرجع السابق ٢/٢٨٨ .
(٣) الشرح الكبير ٨/٢٧٥ .
(٤) الروض النضير ٤/١٤٩ .
(٥) المنتزع المختار ٢/٣٨٤ .
(٦) المنتزع المختار ٢/٣٨٣ .
(٧) شرح الخرشي ٣/١٧٢ .

وقال الخرشي في شرحه : « اي ولزم الطلاق ان هزل بايقاعه اتفاقا بل ولو هزل باطلاق لفظه عليه على المعروف . لخبر الترمذي: ثلاث هزلهن جد .. »

تنبيه على ما جاء في بعض الكتب عن طلاق الهازل في المذهبين الحنبلي والمالكي :

وجدت بعض الاضطراب في نقل المذهبين المالكي والحنبلي في طلاق الهزل في بعض الكتب القديمة والحديثة فأردت الاشارة اليها :

جاء في سبل السلام للصنعاني [1] : « والاحاديث دلت على وقوع الطلاق من الهازل ، وانه لا يحتاج إلى النية في الصريح واليه ذهب الهادوية والحنفية والشافعية ، وذهب احمد والناصر والصادق والباقر إلى انه لا بد من النية لعموم حديث : انما الاعمال بالنيات .

وفي نيل الاوطار [2] : « والحديث يدل على ان من تلفظ هازلا بلفظ نكاح او طلاق او رجعة وقع منه ذلك .

اما في الطلاق فقد قال بذلك الشافعية والحنفية وغيرهم . وخالف في ذلك احمد ومالك فقالا انه يفتقر اللفظ الصريح إلى النية واستدلوا بقوله تعالى : « وان عزموا الطلاق» فدلت على اعتبار العزم والهازل لا عزم منه » .

ويقول استاذنا فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة [3] : وقد وافق مالك والشافعي ابا حنيفة واصحابه بالنسبة للهازل . وخالف احمد فلم يقع طلاقه عنده ، لعدم قصده النية.

---

(١) سبل السلام ٣/٢٣٦ .

(٢) نيل الاوطار ٦/٢٣٥ .

(٣) الاحوال الشخصية للشيخ محمد أبو زهرة ٢٨٦. ويقول الاستاذ الشيخ علي حسب الله في كتاب الفرقة بين الزوجين ط ١٩٦٨ في ص ٧٠ : « ان طلاق الهازل لا يقع وهو مذهب احمد » .
جاء في الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية للاستاذ الشيخ محمد زكريا البرديسي ص ٣٧٣ « وقد خالف أحمد جمهور الفقهاء فقال بعدم وقوع طلاق الهازل لعدم قصده اليه » .
أقول : لعل الخطأ في نقل مذهب الامام أحمد ما جاء في نيل الاوطار مما استنتجه الشوكاني من مذهب أحمد باشتراط النية في الطلاق لافي نقل مذهب أحمد وبهذا الخطأ وقع واضعو مشروع قانون الاحوال الشخصية في الجمهورية العربية المتحدة حيث نصت المادة /١٠٨/ على عدم وقوع طلاق الهازل .

وفي رأيي ان سبب هذا الاختلاف في النقل يعود إلى الاختلاف حول بعض الروايات التي جاءت في المذهبين المالكي والحنبلي في اشتراط النية في اللفظ الصريح في الطلاق مع ان الامر وان كان يتعلق إلى حد كبير في اشتراط النية في اللفظ الصريح الا أن بعض الفقهاء – على ما يبدو لي – من الذين اشترطوا النية قد عدلوا عن هذا الاصل للحديث : ثلاث جدهن جد وهزلهن جد ...

وعلى هذا فمذهب الحنابلة والمعتمد عند المالكية أن طلاق الهازل واقع .

ادلة القائلين بوقوع طلاق الهازل :

١– قوله تعالى : ولا تتخذوا آيات الله هزوا . روي عن عمر : ان الرجل كان يطلق امرأته ثم يرجع فيقول كنت لاعبا فانزل الله تعالى هذه الآية فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من طلق او حرر او نكح فقال كنت لاعباً فهو جاد .

وقال ابو الدرداء ان ذلك تأويل الاية وانها نزلت فيه فدل ذلك على ان لعب الطلاق وجده سواء[1] .

٢– ماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله : ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة [2] .

وهذا الحديث يدل على ان من طلق هازلا فطلاقه صحيح وذلك حملا للناس على عدم اللعب واللهو في أقوالهم وتصرفاتهم لانها نافذة عليهم ولازمة لهم .

٣– ان ترتب الاثار على الاسباب هو من عمل الشارع وليس من عمل المكلف فاذا باشر الزوج سبب الطلاق وهو اللفظ الدال عليه كان اثره وهو الوقوع بارداة الشارع ، لا بارادته سواء أقصد ذلك ام لم يقصد .

يقول ابن القيم في زاد المعاد [3] : ان الهازل قاصد اللفظ غير مريد لحكمه . وذلك ليس اليه فانما إلى المكلف الاسباب ، واما ترتب مسبباتها واحكامها فهو إلى الشارع قصده المكلف او لم يقصده والعبرة بقصده السبب اختيارا في حال عقله وتكليفه ، فاذا قصده رتب الشارع عليه حكمه جد به او هزل » .

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ٢/٤٧٢ .
(٢) كشف الخفاء ١/٣٢٦ .
(٣) زاد المعاد ٤/٣٨ .

من قال بعدم وقوع طلاق الهازل

ذهب الظاهرية والجعفرية وفريق من الزيدية وقول عند المالكية إلى ان طلاق الهازل لا يقع لعدم القصد اليه والعزم عليه.

« جاء في المحلى [1] — بعد أن ذكر رأي من اوقع طلاق الهازل : واحتجوا بآثار منها : ثلاث جدهن جد ... وهي اخبار موضوعة » .

ويقول ابن حزم : انما الطلاق ما نطق به المطلق مختارا بلسانه قاصدا بقلبه كما أمر الله تعالى .

وفي جواهر الكلام [2] : « وجوزوا طلاق الهازل لانه قاصد اللفظ والمعنى لكن قصدا هزليا — وقد رووا عن النبي صلى الله عليه وسلم : ثلاث جدهن جد ... ولم يثبت الخبر عندنا بل من المقطوع به خلافه .

ومن الزيدية الذين قالوا تشترط النية مع اللفظ الصريح قالوا لا يقع طلاق الهازل وهم : الناصر والباقر والصادق [3] .

وفي المالكية قول بعدم الوقوع ذكره الدسوقي [4] والحطاب [5] والخرشي [6] .

ودليل هؤلاء بعدم وقوع طلاق الهازل : ١ — أن الهازل لا عزم عنده ولا قصد

---

(١) المحلى ١٠/٢٠٤ .
(٢) جواهر الكلام ٥/٢٧٤ .
(٣) المنتزع المختار ٢/٣٨٣ .
(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٤٢٨ .
(٥) مواهب الجليل ٤/٤٤ .
(٦) الخرشي على خليل ٣/١٧٢ .

له في وقوع الطلاق ، والطلاق لا بد فيه من النية اذ اللفظ وحده لا يكفي لانه لا يعتبر عن قصد صاحبه وارادته .

٢ـ ولما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم : انما الأعمال بالنيات ، والهازل لا نية له في الطلاق .

٣ـ ما رواه ابن عباس لا طلاق إلا عن وطر . فمن لم يقصد بلفظه الطلاق فلا يقع طلاقه .

رأينا في طلاق الهازل : اذا ناقشنا أدلة من قال بوقوع طلاق الهازل نجد ان عمدة استدلالهم هو الحديث المذكور : ثلاث جدهن جد وهزلهن جد ... اذ ان استدلالهم بالاية : ولا تتخذوا آيات الله هزوا . ليس فيه أكثر من النهي وليس يدل على وقوع وصحة تصرفات الهازل . وما ذكره ابن القيم أيضاً من ان آثار التصرفات هو من عمل الشارع فهذا صحيح ولكنه هو ذاته موطن الخلاف لاننا نحن أيضاً نقول ان الشارع لم يرتب على طلاق الهازل اثرا ولا نقول ان هذا من عمل المكلف بل من عمل الشارع لان الشارع يتطلب القصد والعزيمة في الطلاق .

والحديث تكلم فيه العلماء كثيرا ورده بعضهم فلا يصلح وحده اساسا للاستدلال على طلاق الهازل [1] .

---

(١) حديث ثلاث جدهن جد : روي هذا الحديث عن خمسة من الصحابة وهم : أبو هريرة وعبادة ابن الصامت وأبو ذر الغفاري وفضاله ابن عبيد الانصاري وأبو الدرداء .

وروي موقوفاً على ثلاثة من الصحابة وهم عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود .

١ـ أما حديث أبي هريرة : فرواه أحمد وابو داود والترمذي وابن ماجه والحاكم والدارقطني ولفظه : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد : « النكاح والطلاق والرجعة » وجعل أبو داود العتق بدل الرجعة .

قال الترمذي : حديث حسن غريب . وقال الحاكم صحيح الاسناد . وقال الزيلعي : وبعض الفقها يجعل عوض الرجعة اليمين ، أو العتاق وكلاهما غريب ، وانما الحديث : النكاح والطلاق والرجعة . وفي رواية لابن عدي في الكامل عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ثلاث ليس فيهن لعب=

وفي رأيي أنه يجب أن نفرق بين حالتين في طلاق الهازل :

الحالة الاولى فيما لو كان المجلس مجلس لهو ولعب وهزل مما لا يختلف فيه اثنان ان اي لفظ يصدر فيه لا يقصد به الا الهزل . فهذا لا خلاف في ان من يطلق في هذا المجلس لا يقصد وقوع الطلاق .

= من تكلم بشيء منهن لاعبا فقد وجب عليه : الطلاق والعتاق والنكاح : قال الزيلعي : وضعف غالب ابن عبيد الله (راوي الحديث) عن ابن معين .

٢- وحديث عبادة بن الصامت رواه الحارث بن أبي اسامه في مسنده مرفوعاً ، ولفظه : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا يجوز اللعب في ثلاث : الطلاق والنكاح والعتاق ، فمن قالهن فقد وجبن » .

قال ابن حجر : واسناده منقطع ، أوسنده ضعيف لأن فيه ابن لهيعة .

٣- وحديث ابي ذر رواه عبد الرزاق في مصنفه مرفوعاً ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من طلق وهو لاعب ، فطلاقه جائز ، ومن أعتق وهو لاعب فعتقه جائز ، ومن نكح وهو لاعب فنكاحه جائز . قال ابن حجر : وهو منقطع .

٤- واما حديث فضاله بن عبيد فأخرجه الطبراني ولفظه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ثلاث لا يجوز اللعب فيهن الطلاق والنكاح والعتق . قال الهيثمي : وفيه ابن لهيعة وحديث حسن وبقية رجاله رجال الصحيح .

٥- وحديث أبي الدرداء رواه الطبراني قال : «كان الرجل في الجاهلية يطلق ثم يراجع . ويقول : كنت لاعبا، ويعتق ثم يراجع ويقول : كنت لاعبا، فأنزل الله عز وجل : ولا تتخذوا ايات الله هزوا فقال النبي صلى الله عليه وسلم : من طلق أو حرم أو نكح أو انكح ، فقال : إني كنت لاعباً فهو جاد . قال الهيثمي : وفيه عمرو بن عبيد وهو من أعداء الله .

وفي رواية أخرى للطبراني عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من لعب بطلاق أو عتاق فهو كما قال : قال الهيثمي : وفيه اسماعيل بن مسلم المكي وهو ضعيف .

وحديث عمر وعلي أخرجه عبد الرزاق موقوفاً عليهما قالا : ثلاث لالعب فيهن : النكاح والطلاق والعتاق . وفي رواية عنهما : اربع ، وزاد : والنذر .

وحديث ابن مسعود رواه الطبراني موقوفاً قال : من نكح لاعبا أو طلق لاعبا فقد جاز . قال الهيثمي ،ورجاله رجال الصحيح راجع تخريج أحاديث تحفة الفقهاء للاستاذين الزميلين الكتاني والزحيلي. ج ٢ ص ٢٠٢ .

وقال ابن حجر في التلخيص الحبير ص ٣١٧ رواه احمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه ، والحاكم والدار قطني،من حديث عطاء عن يوسف ابن ماهك عن أبي هريرة. قال الترمذي: حديث حسن وقال الحاكم: صحيح وأقره الذهبي. وهو من رواية عبد الرحمن بن حبيب بن أزدك وهو مختلف فيه.=

اما الحالة الثانية فهي ادعاء الزوج انه طلق هازلا بعد وقوع الطلاق في حالة يختلف فيها هل كان جادا ام هازلا .

ففي الحالة الاولى نرى انه لا يقع طلاق الهازل وفي الحالة الثانية يقع طلاقه .

ويمكن ان تلحق بالحالة الاولى الصورية في الطلاق كما لو اتفق الزوجان على الطلاق صورياً وذلك بأن يطلق الزوج زوجته امام القاضي وهما لا يقصدان ذلك بل يهدفان غرضاً آخر قد يكون معونة من جهة بر أو مساعدة من الحكومة كما لو كانت هنـــاك بعض النظم تعطي المرأة الفقيرة التي لا عائل لها معونة فيستفيد منها الزوجان [1] .

وذلك للقضاء على التلاعب والكذب في تصرفات المكلفين .

= ورواه الطبراني من حديث فضالة بن عبيد ، بلفظ : ثلاث لا يجوز اللعب فيهن : الطلاق والنكاح والعتق . وفيه ابن لهيعة ورواه الحارث بن ابي اسامه في مسنده عن بشر بن عمر عن ابن لهيعه عن عبيد الله ابن ابي جعفر عن عبادة بن الصامت رفعه : لا يجوز اللعب في ثلاث : الطلاق والنكاح والعتاق فمن قالهن فقد وجبن . وهذا منقطع . وقال الترمذي : هذا حديث حسن غريب . والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم .

وقال ابن حزم في المحلى ١٠/٢٠٤ بعد أن ذكر الحديث المذكور وقال انها أخبار موضوعة قال : إنما رويناها عن طريق عبد الرحمن بن حبيب بن أزدك وهو منكر الحديث مجهول لأن قوماً قالوا عن عبد الرحمن بن حبيب وقوماً قالوا حبيب بن عبد الرحمن وهو مع ذلك متفق على ضعف روايته أو من طريق وكيع عن سفيان عن أبي إسحاق عن أبي برده : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ما بال رجال يلعبون بحدود الله يقول أحدهم قد طلقت ثم راجعت . وهذا مرسل ولا حجة في مرسل . راجع جمع الفوائد من جامع الاصول ومجمع الزوائد ج ١ ص ٦١٧ حيث جاء فيه : اخرج هذا الحديث الدارقطني وفي اسناده عبد الرحمن بن حبيب بن ازدك وهو مختلف فيه : قال النسائي منكر الحديث ووثقه غيره . وراجع أيضا نيل الاوطار ج ٦ ص ٢٤٩ .

(١) يقول استاذنا الجليل فضيلة الشيخ مصطفى الزرقاء في المدخل الفقهي ص ٢٥٥ ويتحقق الهزل في التصرفات بأحد طريقين :

١– اما بتصريح مقارن للعقد من الطرفين أو أحدهما بأن يقول مثلا :
إني أبيع أو أعير هازلا .

٢– واما بمواضعة سابقة بأن يتواضع الطرفان على أن العقد الذي سيعقدانه هو هزل أو لعب لا يراد حكمه .

وفي هذا المعنى يقول فضيلة الاستاذ الشيخ احمد ابراهيم تغمده الله برحمته [1] .

وفي مذهب مالك قول ارى وجوب الاخذ به ، وهو انه اذا قام دليل او قرينة على الهزل كان العقد غير صحيح والا حكم بصحته بناء على الظاهر . وهذا القول وجيه ويجب الاخذ به لان الحديث ضعيف السند ، ولان امر الزواج والطلاق ليس بالهين فكيف يصحان مع عدم الرضا ؟ ..

وبالجملة فالاحوال ثلاثة :

١ـ حالة يظهر فيها الرضاء لا يدعي الهزل والحكم فيها واضح .

٢ـ وحالة يدعى فيها الهزل ويقوم الدليل او القرينة عليه وهذه يجب فيها ابطال العقد نزولا على حكمة الشارع ورعايته لمصالح الناس .

٣ـ وحالة يدعى فيها الهزل وعدم الرضا لكن لا دليل ولا قرينة على ذلك وفي هذه الحالة يجب تصحيح العقد بحسب الظاهر اذ لا صارف يصرف اللفظ عن حمله على حقيقته ومجرد الدعوى لا يكفي ، والا اضطربت المعاملات واختل نظامها .

وهذا ما تطمئن اليه النفس في هذا الموضوع .

* * *

---

(١) مجلة القانون والاقتصاد س ٤ ع ٦ .

المبحث الثالث

طلاق المكره

اذا أكره شخص بغير حق على أن يطلق زوجته فهل يقع طلاقه اذا ما لفظ بالطلاق؟
قال الجمهور : لا يقع طلاق المكره .
وقال الاحناف : يقع طلاقه .
آراء الجمهور :
الشافعية : جاء في متن المنهاج [1] ولا يقع طلاق مكره .
الحنابلة : وفي مختصر الخرقي [2] ومن أكره على الطلاق لم يلزمه .
المالكية : في شرح الخرشي [3] اما من اكره على الطلاق فلا يلزمه شيء .
الزيدية : في المنتزع المختار [4] إن المكره لا يقع طلاقه عندنا .
الظاهرية : في المحلى : [5] وطلاق المكره غير لازم له .
الجعفرية : في جواهر الكلام : [6] لا يقع الطلاق باكراه ولا اجبار .

ادلة من قال لا يقع الطلاق مع الاكراه :

١ــ قوله تعالى في سورة النحل [7] « من كفر بالله من بعد ايمانه الا من أكره

---

(١) مغنى المحتاج ٣/٢٨٩ .
(٢) المغنى ٨/٢٥٩ .
(٣) شرح الخرشي ٣/١٧٤ .
(٤) المنتزع المختار ٢/٣٨٢ .
(٥) المحلى ١٠/٢٠٢ .
(٦) جواهر الكلام ص ٥/٢٧٢ .
(٧) الاية رقم ١٠٦ .

وقلبه مطمئن بالايمان ، ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم » .

دلت هذه الآية الكريمة على ان الله وضع عن الناس الكفر اذا نطقت به السنتهم وكانت قلوبهم خلاف ذلك بسبب ما اكرهوا عليه ، كما دلت على سقوط حكم ما هو دون الكفر بالاولى .

قال الامام الشافعي : ان الله لما وضع الكفر عمن تلفظ به حال الاكراه ، واسقط عنه احكام الكفر فكذلك يسقط عن المكره ، ما دون الكفر لان الاعظم اذا سقط سقط ما هو دونه بطريق الاولى .

وقال عطاء : الشرك اعظم من الطلاق [1] .

٢ــ ما جاء عن النبي عليه الصلاة والسلام مما رواه ابن ماجه في صحيحه [2] .

عن ابي ذر الغفاري : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان الله تجاوز عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه .

وعن ابي هريرة : قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان الله تجاوز لامتي عما توسوس به صدورها ، ما لم تعمل به أو تتكلم به وما استكرهوا عليه .

وعن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : ان الله وضع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه .

فدلت هذه الاحاديث على انه لا يتعلق مع الاكراه حكم فطلاق المكره باطل لانعدام اثره .

٣ــ ما روته عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : لا طلاق ولا عتاق في اغلاق ، والاغلاق : الاكراه لان المكره يستغلق عليه أمره فلا يدري ما يصنع . فدل هذا الحديث على عدم ترتب اثر الطلاق في حالة الاكراه [3] .

---

(١) فتح الباري ٣٢٠/٩ .
(٢) سنن ابن ماجه ٣٢٢/١ .
(٣) نيل الاوطار ٢٣٥/٦ .

٤- ما رواه البخاري عن ابن عباس قال : طلاق السكران والمستكره ليس بجائز[1]

٥- ما رواه البيهقي [2] ان رجلا تدلى بحبل ليشتار عسلاً في زمن عمر بن الخطاب فجاءته امرأته فوقفت على الحبل فحلفت لتقطعنه او ليطلقها ثلاثا فذكرها الله والاسلام فابت الا ذلك فطلقها ثلاثا ، فلما ظهر اتى عمر بن الخطاب فذكر له ما كان منها اليه ومنه اليها فقال : ارجع إلى أهلك فليس هذا بطلاق [3] .

* * *

وقال الاحناف يقع طلاق المكره :

جاء في البدائع [4] : « واما كون الزوج طائعا فليس بشرط عند اصحابنا حتى يقع طلاق المكره عندنا . »

ادلة القائلين بوقوع طلاق المكره :

١- ظاهر قوله تعالى : فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ، فالآية لم تفرق بين طلاق المكره وطلاق الطائع .

وقوله تعالى : وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها . فلم يفرق بين عهد المكره وعهد الراضي .

٢- وماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : كل طلاق جائز الا طلاق

---

(١) صحيح البخاري (الفتح الباري) ٣٢٠/٩ .

(٢) الروض النضير ١٦٢/٤ .

(٣) اشترط الجمهور أن يكون الإكراه بغير حق أما لو كان إكراهاً من القاضي لحق ثبت للزوجة بطلاق وأبى الزوج ذلك فأجبره القاضي على الطلاق فطلاقه صحيح - .

كما أنه يشترط في الإكراه عدة شروط أهمها : -

١) أن يكون المكره قادراً على تحقيق ما يهدده به أو أن يشعر المكره بذلك أن ما يهدده به سوف يلحق به .

٢) ألا يستطيع المكره دفع الاكراه عن نفسه .

٣) أن يكون بما يكره عليه ضرر يصيبه بنفسه أو ماله أو ولده بقتل أو ضرب أو حبس .

والإكراه أمر ذاتي يختلف من شخص لآخر حسب الظروف والبيئات والاشخاص .

(٤) البدائع ١٠٠/٣ .

الصبي والمجنون . فدل على ان طلاق المكره جائز لانه لم يستثن بالحديث المذكور [1] .

٣ـ ما رواه محمد بن الحسن باسناده عن صفوان بن عمرو الطائي ان امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائما فاخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته وقالت لتطلقني ثلاثا والا ذبحتك فناشدها الله فأبت فطلقها ثلاثا . ثم جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم : لا قيلولة في الطلاق [2] .

٤ـ ثم ان الاحناف قاسوا طلاق المكره على طلاق الهازل ، فقالوا ان النبي صلى الله عليه وسلم في حديث : ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة . قد سوى بين الجد والهزل في حين ان الجاد قاصد إلى اللفظ وإلى حكمه بينما الهازل لا يقصد حكمه بل يقصد اللفظ فقط . فدل هذا الحديث على انه لا اثر للنية في ايقاع الطلاق ، وكذلك فان المكره يقصد اللفظ ولا يقصد الحكم أي الأثر وهو الطلاق فالمكره والهازل في هذا سواء لا يحتاج في كل منهما إلى نية ، وطلاقهما واقع [3] .

٥ـ ثم انهم قالوا [4] ان المكره مختار فيما يتكلم به اختياراً كاملا الا انه . غير راض بالحكم لانه عرف الشرين فاختار اهونهما عليه . فالاكراه يزيل الرضا ولكنه لا يزيل الاختيار [5] .

* * *

---

(١) الجوهرة ٢/٣٣ .

(٢) فتح القدير ٣/٣٩ .

(٣) أحكام القرآن للجصاص ٢/٤٧٢ .

(٤) تبيين الحقائق للزيلعي ٢/١٩٥ .

(٥) الاختيار كما تذكر كتب الاحناف هو القصد إلى الفعل الذي يستطيعه الشخص سواء أكان ذلك الفعل قولا أم غير قول .

والاختيار لا يتنافى مع الهزل ولا مع الإكراه .

أما الرضا فهو الارتياح إلى القصد والرغبة فيه .

راجع كشف الأسرار ٤/١٥٠٢ ـ نظرية العقد للشيخ محمد أبو زهرة ١٩٠ .

مناقشة ادلة الاحناف فيما ذهبوا اليه :

١- قولهم ان الآيات القرآنية لم تفرق بين مكره وغير مكره في الطلاق صحيح ، ولكن الآيات جاءت مطلقة والمطلق يقيد بالسنة .

وقد استدل الاحناف انفسهم على عدم وقوع طلاق الصبي والمجنون بالسنة فدل على أن الآية ليست مطلقة . فان قالوا ان طلاق الصبي والمجنون غير صحيح لانهم غير مكلفين قلنا ان هناك حديثاً آخر يقيد اطلاق الآية وهو قوله صلى الله عليه وسلم : عفوت عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه .

والغريب حقاً ان نجد الاحناف يوقعون طلاق المكره بدلالة ان الآيات التي جاءت بالقرآن في الطلاق مطلقة ولا ينفذون بيع المكره مع ان آية البيع جاءت أيضاً مطلقة بقوله تعالى : وأحل الله البيع وحرم الربا [١] .

٢- وأما حديث صفوان فقال ابن حزم عنه [٢] : وهذا خبر في غاية السقوط ، فصفوان منكر الحديث .

٣- وأما قياس المكره على الهازل فقياس غير صحيح لامرين :

١) ان الاصل المقيس عليه وهو طلاق الهازل موضع خلاف بين الفقهاء فلا يصح القياس عليه .

٢) ان هذا القياس قياس مع الفارق لان الهازل يقصد اللفظ ولا يقصد الاثر فهو حين يتكلم بلفظ الطلاق يتكلم وهو بكامل ارادته ووعيه انما يهزل بحيث لا يقصد الحكم

أما المكره فهو لا يقصد اللفظ ولا الحكم لانه لا ارادة له فيما يتكلم به فافترق الاكراه عن الهزل لان من باشر سبب الحكم باختياره لزمه مقتضاه وان لم يرده . وأما المكره فانه لم يرد لاهذا ولا ذاك فقياسه على الهازل غير صحيح .

---

(١) راجع في موضوع الاكراه بحثاً قيماً كتبه فضيلة الاستاذ الشيخ زكريا البرديسي في مجلة القانون والاقتصاد س ٢٠ ع ٢ ص ٧٦٠ .

(٢) المحلى ١٠/٢٠٣ .

٤ـ وأما قولهم ان المكره مختار بدليل انه اختار اهون الشرين فغير دقيق لانـــه لاخيار مع الاكراه واختيار أحد الامرين ليس دليلاً على حرية اختياره بل اختيار ضعيف لا عبرة به لانه فاسد غير صحيح فالاصل في التعبير عن الارادة ان يكون مختاراً اختياراً كاملا لينقل بكلامه قصده ونيته .

ولهذا فاننا نرجح ما ذهب اليه الجمهور من عدم وقوع طلاق المكره وذلك لانه من الضروري جداً لصحة أي تصرف أن يصدر عن صاحبه وهو يقصده وهذا لا يكون من المكره لان ما نطق به ان هو الا دفاعاً عن خطر محدق به لا تعبيراً عن ارادته بالتطليق .

* * *

طلاق السكران

اختلف الفقهاء في وقوع طلاق السكران : فذهب جمهور الفقهاء إلى ان طلاق السكران واقع وقال فريق آخر لا يقع طلاقه . وسبب اختلافهم هذا أن الذين اوقعوا طلاقه ربطوا بين سبب السكر وبين أثره فقالوا اذا كان سبب السكر أمراً مباحاً كما لو شرب الخمر للتداوي أو شربها مكرهاً فلا يقع طلاقه أما إذا شربها لغير ذلك فالطلاق واقع وتصرفاته فيه صحيحة .

وأما الآخرون فقد نظروا إلى السكر بحد ذاته فقالوا ان السكر يذهب العقل ويفسد التصرفات وسواء كان سبب السكر مباحاً أم محظوراً فطلاقه غير واقع .

الذين اوقعوا طلاق السكران :

ذهب الحنفية والمالكية على خلاف فيما بينهم والشافعية في الجديد والحنابلة على المعتمد عندهم وجمهور الزيدية ان طلاق السكران واقع اذا كان سبب السكر امراً غير مباح .

الاحناف :

جاء في الفتح القدير [١] : « ان السكر بسبب مباح كمن أكره على شرب الخمر والأشربة المحرمة او اضطر لا يقع طلاقه ومن سكر منها مختاراً اعتبرت عباراته » .

---

(١) فتح القدير ٣/٤١ .

وفي الفتح ايضاً : اذا شرب الخمر فصدع فزال عقله بالصداع فطلق لا يقع [1] .

وفي المالكية تفصيل :

قال الخرشي [2] في تعليل وقوع طلاق السكران : « هذا مبالغة في لزوم طلاق المسلم المكلف ، اذ سكره لا يخرجه عن التكليف فيلزمه طلاقه ، ولو سكر سكراً محرماً كالخمر والنبيذ... وهذا اذا تعمد ذلك المحرم. أما اذا لم يتعمد كظنه لبنا أو ماء لم يلزمه طلاق ولا حد قذف ومحمله محمل المجنون والمغمى عليه ويصدق في ظنه ان لم يتهم في دينه » .

وقد ذكر الخرشي ثلاثة آراء في المذهب :

١ـ طريقة الباجي وابن رشد ؛ ان الخلاف في وقوع طلاق السكران وعدم وقوعه في الذي في عقله شيء من التمييز ولم يبلغ به السكر مداه ، أما اذا وصل إلى حالـة عدم التمييز فلا يقع طلاقه لانه كالمجنون حينئذ فالخلاف اذن في الذي معه بقية من عقله .

٢ـ وذهب المازري : إلى ان طلاق السكران واقع سواءاً ميز أو لم يميز على المشهور في المذهب .

٣ـ وقال ابن بشير : ان ميز السكران وقع طلاقه باتفاق ، واما ان كان عديم التمييز فيقع طلاقه على المشهور .

الشافعية :

جاء في مغنى المحتاج : [3] السكران المعتدي بسكره ان شرب خمراً او دواء مجنناً لحاجة فلا يقع طلاقه لعدم تعديه .

---

(١) وقد علـــل صاحب الفتح ذلك بقوله : لأن الحكم لا يضاف إلى علة العلة كالشرب إلا عند عدم صلاحية العلة أعني الصداع للقطع بأن أثرها لا يصل إلى المعلول الاخير . ولو تنزلنا فالشرب ليس موضوعاً للصداع بل يثبت للصداع اتفاقاً عند استعداد الطبيعة له في ذلك الوقت فصار الشرب الذي وجد عنه الصداع الذي عنه زوال العقل كسفر المعصية لما لم يكن موضوعاً للمعصية لم يوجب التشديد بل يمنع الترخيص فلم يضف زوال العقل اليه ليثبت التشديد بخلاف الشرب الذي لم يحدث عنه صداع مزيل للعقل بل زال به حيث تعلق به التشديد لإضافة زوال العقل اليه وهو المعصية .

(٢) شرح الخرشي ١٧٢/٣ .

(٣) مغنى المحتاج ٢٧٩/٣ .

الحنابلة :

جاء في مختصر الخرقي : [1] « عن ابي عبد الله رحمه الله في السكران روايات : رواية يقع الطلاق ورواية لا يقع ورواية يتوقف عن الجواب ويقول قد اختلف فيه اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم » .

ويقول ابن قدامه في شرحه : اما التوقف عن الجواب فليس بقول ... ويبقى في المسألة روايتان .

ورجح ابن تيمية عدم الوقوع فقال في الاختيارات العلمية : [2] « ولا يقع طلاق السكران ولو بسكر محرم وهو رواية عن الامام اختارها ابو بكر . ونقل الميموني عن احمد الرجوع عما سواها فقال كنت أقول يقع طلاق السكران حتى تبينت فغلب على أنه لا يقع » .

وقال ابن القيم في زاد المعاد [3] : وعدم الوقوع ... مذهب احمد في احدى الروايات عنه وهي التي استقر عليها مذهبه وصرح برجوعه اليها .

غير اني وجـدت ، ان المذهب هو وقوع طـلاق السكران فقد جـاء في الانصاف [4] : « ان في وقوع طلاق السكران روايتان احداهما : يقع وهو المذهب ».

الزيدية :

جاء في المنتزع المختار : [5] « ان السكران ولو كان زائل العقل فان طلاقـه واقع في الاصح . وهو قول الجمهور من العلماء ... واذا ابيح له الخمر لم يقع طلاقه » .

أدلة من قال بوقوع طلاق السكران :

١ـ قال الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون » .

---

(١) المغنى ٨/٢٥٥ .
(٢) الاختيارات العلمية ص ١٥٠ .
(٣) زاد المعاد ٤/٤٠ .
(٤) الإنصاف ٨/٤٣٣ .
(٥) المنتزع المختار ٢/٣٨٢ .

ووجه الاستدلال في هذه الآية ان الخطاب للمؤمنين اما أن يكون موجهاً اليهم حال سكرهم وحينئذ فهم مكلفون والأمر واضح . واما أن يكون موجهاً اليهم قبل سكرهم فدل على انهم مكلفون أثناء السكر بعدم القيام إلى الصلاة حتى يعلموا ما يقولون لأنه لو لم يكونوا مكلفين حال سكرهم لما وجه اليهم الخطاب .

فتوجيه الخطاب إلى المؤمنين حال سكرهم او تكليفهم بعدم القيام إلى الصلاة حتى يعلموا ما يقولون دليل ارادتهم واغفال حال سكرهم .

قال ابن الهمام في فتح القدير [1] بعد استدلاله بهذه الآية على وقوع طلاق السكران « لانه ان كان خطابا له حال سكره فنص . وان كان قبل سكره يستلزم ان يكون مخاطباً في حال سكره » .

٢ــ ان سبب زوال عقل السكران هو معصية فلا يزول عنه الاثم ولا الخطاب عقوبة عليه وزجرا له بخلاف مالو كان سبب السكر مباحاً فلا يقع طلاقه [2] .

٣ــ قالوا ان ربط الاحكام باسبابها اصل في الشريعة والتطليق سبب لوقوع الفرقة بين الزوجين فينبغي ترتب الاثر عليه . فاذا ما طلق الزوج زوجته سواء كان سكرانا ام غير سكران فقد باشر سبب الفرقة ان يترتب الاثر وهو وقوع الطلاق [3] .

٤ــ ما روي عن النبي عليه السلام انه قال : « كل الطلاق جائز الا طلاق المعتوه » ومثل هذا روي عن علي بن ابي طالب وابن عباس . وبما ان السكران غير مستثنى في هذا الحديث فطلاقه واقع [4] .

مناقشة هذه الادلة :

١ــ اما استدلالهم بالآية فلا تفيد ان السكارى مخاطبين حال سكرهم بل وجه الخطاب لهم حال صحوهم . ومعنى الاية ان قول السكران غير معتبر لانه لا يعلم ما يقول .

---

(١) فتح القدير ٤١/٣ .
(٢) الزيلعي ١٩٦/٢ المهذب ٨٢/٢ .
(٣) الروض النضير ١٥١/٤ .
(٤) المغنى ٢٥٥/٨ .

يقول ابن حزم : [1] « بين الله تعالى ان السكران لا يعلم ما يقول ، فمن لم يعلم ما يقول فهو سكران ، ومن علم ما يقول فليس بسكران ، ومن اخبر الله تعالى انه لا يدري ما يقول . فلا يحل ان يلزم شيئا من الاحكام لا طلاقا ولا غيره لانه غير مخاطب اذ ليس من ذوي الالباب » .

٢ــ واما ان اعتبار طلاق السكران عقوبة لمن سكر سكرا محرما فالله قد شرع عقوبة السكر فلا يجوز ان يعاقب المرء على جريمة أكثر من عقوبة واحدة .

قال الطحاوي [2] : « لا تختلف أحكام فاقد العقل بين أن يكون ذهاب عقله بسبب من جهته او من جهة غيره اذ لا فرق بين من عجز عن القيام في الصلاة بسبب من قبل الله أو من قبل نفسه كمن كسر رجل نفسه فإنه يسقط عنه فرض القيام » .

٣ــ واما قولهم ان ربط الأحكام بأسبابها أصل في الشريعة ، فهذا صحيح ولكن هذا السبب هو موضع الخلاف . فمن قال ان طلاق فاقد الارادة السكران الذي لا يعي ما يقول هو سبب يترتب أثره عليه [3] ؟ ..

٤ــ وأما استدلالهم بقوله عليه السلام : كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه .

فهذا حجة عليهم لأن المعتوه هو من لا عقل له أو من كان لا يدري ما يتكلم به . وبعبارة أخرى هو من كان ضعيف الادراك لا يعي ما يقول والسكران فاقد الادراك فطلاقه لا يقع بالاولى .

الذين قالوا لا يقع طلاق السكران :

وذهب الظاهرية والجعفرية وفريق من الشافعية والأحناف والزيدية والمالكيـــة ورواية في مذهب أحمد رجحها فريق منهم بعدم وقوع طلاق السكران وهو مذهب عثمان بن عفان .

---

(١) المحلى ١٠/٢٠٨ .
(٢) نيل الاوطار ٦/٢٣٧ .
(٣) زاد المعاد ٤/٤١ .

وقال بعدم وقوعه أيضاً : القاسم بن محمد طاوس وربيعه بن عبد الرحمن والليث واسحاق بن راهوية .

جاء في المحلى : [1] « وطلاق السكران غير لازم » .

وفي السرائر : [2] « قال ابو جعفر في نهايته : فان طلق الرجل امرأته وهو زائل العقل بالسكر او الجنون وما اشبهها كان طلاقه غير واقع » .

وجاء في المهذب في طلاق السكران : [3] « وروى المزني أنه قال في القديم : لا يصح ظهاره والطلاق والظهار واحد .

فمن أصحابنا من قال فيه قولان أحدهما : لا يصح وهو اختيار المزني وأبي ثور لانه زائل العقل فأشبه النائم أو مفقود الارادة فأشبه المكره » .

وقال صاحب المهذب [4] ان الصحيح هو الوقوع ، ومنهم من قال : يصح طلاقه قولاً واحداً .

ولعل ما رواه المزني حكاه الشافعي رحمه الله عن غيره .

وفي الفتح القدير [5] : وقال بعدم وقوعه : زفر وهو مختار الكرخي والطحاوي ومحمد بن سلمه من مشايخنا .

وجاء في مختصر الطحاوي [6] : في كتاب الأشربة : قال أبو جعفر : السكران عندي في أحكامه كالمجنون وبه نأخذ [7] .

ومن المالكية ذهب ابن رشد والباجي إلى عدم وقوع طلاق السكران عديم التمييز .

---

(١) المحلى ١٠/٢٠٨ .
(٢) السرائر ٣٣٧ .
(٣) المهذب ٢/٨٢ .
(٤) المهذب ٢/٨٣ .
(٥) فتح القدير ٣/٤٠ .
(٦) مختصر الطحاوي ص ٢٨٠-٢٨١ .
(٧) يقول الدكتور محمد يوسف موسى في كتابه الاحوال الشخصية في هامش الصفحة ص ٢٦٢ : «راجع مختصر الطحاوي ص ١٩١ ففيه أن طلاق السكران جائز عليه » .
والحق أن الطحاوي ينقل في الصفحة المشار اليها رأي المذهب أما رأيه فقد أبانه صريحاً في باب الاشربة كما نقلنا عنه في المصدر السابق .

ورواية عند الحنابلة : جاء في الانصاف [1] والرواية الثانية ـ لا يقع : اختاره أبو بكر عبد العزيز وابن عقيل ، واختاره ابن رزين .

وقال الزركشي : ولا يخفى أن أدلة هذه الرواية أظهر . ونقل أبو طالب : الذي لا يأمر بالطلاق إنما أتى خصلة واحدة ، والذي يأمر به : أتي باثنين ، حرمها عليه ، وأباحها لغيره .

ولهذا قيل : انها آخر الروايات .

وقد سبق أن ذكرنا أن مذهب عدم الوقوع هو ما رجحه ابن تيمية وابن القيم أيضاً .

وجاء في حواشي المنتزع المختار [2] في طلاق السكران : « وعند أحمد بن يحيي وابو طالب لا يلزمه شيء » .

أدلة القائلين بعدم وقوع طلاق السكران :

١ـ ان السكران فاقد الارادة فهو أشبه بالمجنون ، ومما ينطق به لا يعبر عن قصد وتصميم ، فعبارته ملغاة لا أثر لها ، وكل ما يصدر عن السكران من طلاق، لا يؤاخذ به واستدلوا على هذا بحديثين :

اولهما ـ ما جاء في صحيح البخاري أن حمزة عم النبي صلى الله عليه وسلم دخل عليه مرة وهو سكران فقال له : « وهل أنتم إلا عبيد لأبي » فلم يكلمه الرسول عليه السلام بل تركه وخرج .

ووجه الاستدلال في هذا الحديث أن السكران لو كان مؤاخذاً بأقواله ، لاعتبر منه هذا الكلام ردة وكفراً ، ولما رأينا النبي عليه السلام يتركه ويخرج دون عقوبة ، فدل على أن السكران غير مؤاخذ بأقواله .

قال ابن حجر في هذا الحديث [3] :

---

(١) الانصاف ٨/٤٣٤ .

(٢) المنتزع المختار ٢/٣٨٣ .

(٣) فتح الباري ٩/٣٢٠ وذلك حينما دخل علي بن ابي طالب يشكو إلى النبي عليه السلام حمزة حيث بقرله بعيرين .

« من أقوى أدلة من لم يؤاخذ السكران بما يقع منه حال سكره من طلاق وغيره..»

وقد رد الآخرون على هذا الاستدلال بأن هذه القصة وقعت قبل تحريم الخمر وبذلك فقد سقط عنه حكم ما نطق به .

ويمكن الجواب على هذا بأن الموضوع لا يتعلق بحرمة او إباحة شرب الخمر ، لاننا لم نتعرض إلى عقوبة شارب الخمر في استدلالنا هذا . انما الامر يتعلق بمؤاخذة السكران بما يصدر عنه هل هو مسئول عن أقواله أم غير مسئول ؟ .

ثانيهما ــ ما ورد في قصة ماعز حين أقر بالزنا أمام النبي صلى الله عليه وسلم ، فأمر من يستنكهه ليعرف هل هو سكران فلا يؤاخذه بأقواله ، أم هو صاح فيعاقبه [٢] فدل هذا على أن السكران غير مؤاخذ [٣] .

٢ــ انه مذهب عثمان بن عفان إذ قال : ليس لمجنون ولا لسكران طلاق [١] .

قال ابن المنذر : هذا ثابت عن عثمان ولا نعلم أحداً من الصحابة خالفه [٢] .

وهو رواية عن ابن عباس . جاء في منتقى الاخبار وقال ابن عباس : طلاق السكران والمستكره ليس بجائز [٣] .

---

(١) زاد المعاد ٤/٠٤ وقصة ماعز انه جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له : يا رسول الله طهرني قال : مم اطهرك ؟ قال : من الزنا ، قال رسول الله ابه جنون؟ فأخبر أنه ليس بمجنون فقال اشرب خمرا ، فقام رجل فاستنكهه فلم يجد منه ريح خمرة فقال رسول الله ازنيت ؟ ... قال : نعم فأمر به فرجم .

(٢) أما بالنسبة لتصرفات السكران الفعلية فمحل نزاع قال بعضهم أنه غير مسئول والذين فرقوا بين اقواله وافعاله استندوا إلى أمرين اساسيين :

١ــ أن اسقاط افعال السكران ذريعة إلى تعطيل القصاص اذ كل من اراد قتل غيره سكر حينئذ فلا يؤاخذ بجريمة القتل .

٢ــ ان الغاء اقوال السكران لا يترتب عليه ما يترتب على افعاله لان القول المجرد من غير العاقل لامفسدة فيه بخلاف الافعال . الروض النضير ٤/١٥١ .

(٣) البدائع ٣/٩٩ .

(٤) المغنى ٦ ٢٥ .

(٥) منتقى الاخبار٦/٢٣٥ .

والذي اراه : ان الاصل في الطلاق أن يكون عن عزم وتصميم ، والسكران هو فاقد الوعي ، لا يعلم ما يقول ، فما يصدر من فمه من الفاظ لا يعي لها معنى ، لانها لا تعبر عن إرادته ، والعبرة في كل تصرف أن يكون معبراً عما في نفس المكلف .

ولهذا فاني أرجح ما ذهب اليه الفقهاء في عدم وقوع طلاق السكران ، فكل من سكر فثمل حتى لم يعد يعرف معاني الكلمات والفاظها فلا يقع طلاقه ، سواء أكان سكره محرماً أم مباحاً ، كما لو كان للتداوي لأنه لا يجوز ان يكون التفريق بين الزوجين عقوبة لمن يتعاطى السكر لأنه عقوبة حددها الشارع له .

يقول ابن تيميه؛ بعد ان رجح مذهب عدم وقوع طلاق السكران : « ومن تأمل اصول الشريعة ومقاصدها تبين له ان هذا القول هو الصواب وان ايقاع طلاق السكران قول ليس له حجة صحيحة يعتمد عليها » .

ما ذهب اليه القانون :

م ١ من القانون المصري و م ٨٩ من القانون السوري : لا يقع طلاق السكران .

ونلاحظ على هذه المواد انها لم تضع تعريفاً للسكران ونحن نرى انه لا يجوز ان نقول لا يقع طلاق كل سكران بل يشترط في السكران ان يصل به السكر إلى الحد الذي لا يعلم به ما يقوله وما يتصرف به.حينئذ يكون فاقد الادراك اما اذا كان يعي ما يقول ولو كان سكراناً فطلاقه واقع .

وهذا ما ذهب اليه القانون المغربي حيث اشترط في السكران ان يصل به السكر إلى درجة معينة .

الفصل التاسع والاربعون :

لا يقع طلاق السكران الطافح .

طلاق الغضبان والمدهوش

طلاق الغضبان : قال بعض الفقهاء لا طلاق في الغضب واستدلوا بحديث روته السيدة عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : — لا طلاق ولا عتاق في اغلاق [1]

جاء في كتاب الفروع [2] روى الامام احمد : لا طلاق ولا عتاق في اغلاق . قال في رواية حنبل يريد به الغضب ذكره ابو بكر جزماً ولم يذكر خلافه ، وقال ابو داود واظنه الغضب .

وجاء في اعلام الموقعين : [3] في تفسير كلمة إغلاق : « قال الامام احمد في رواية حنبل : هو الغضب ، وكذلك فسره ابو داود . وهو قول القاضي اسماعيل بن اسحاق احد أئمة المالكية ومقدم فقهاء اهل العراق منهم ، وهي عنده من لغو اليمين أيضاً ، فأدخل يمين الغضبان في لغو اليمين وفي يمين الاغلاق » .

وقد رأينا في بحث الاكراه من استدل بهذا الحديث على عدم وقوع طلاق المكره حيث فسر الاغلاق بالاكراه [4] .

والحق كما يقول ابن القيم [5] ان الغضبان قد أغلق عليه باب القصد شدة غضبة وهو كالمكره ، بل الغضبان اولى بالاغلاق من المكره لان المكره قد قصد رفع الشر الكثير بالشر القليل الذي هو دونه فهو قاصد حقيقة ، ومن هنا اوقع عليه الطلاق من

---

(١) الفروع ٣/١٧٤ .
(٢) اعلام الموقعين ٣/٦٤ .
(٣) جاء في فتح الباري : الاغلاق : الاكراه على المشهور لان المكره ينغلق عليه تصرفه . وقيل هو العمل في الغضب . قال ابن المرابط : الاغلا ق حرج في النفس وليس كل من وقع له فارق عقله .
(٤) اعلام الموقعين ٣/٦٥ .
(٥) هو عبد الله بن عباس .

اوقعه . واما الغضبان فان باب انغلاقه باب القصد والعلم عنه كانغلاق عن السكران والمجنون ، فان الغضب غول العقل يغتاله كما يغتاله الخمر ، بل اشد ، وهو شعبة من الجنون ، ولا يشك ففيه النفس في ان هذا لا يقع طلاقه ، ولهذا قال حبر الامة الذي دعا له رسول الله بالفقه في الدين : انما الطلاق عن وطر ، ذكره البخاري في صحيحه ، اي عن غرض من المطلق في وقوعه ، وهذا من كمال فقهه رضي الله عنه واجابة الله دعاء رسوله له . اذ الالفاظ انما يترتب عليها موجباتها لقصد اللفظ بها ، ولذا لم يؤاخذنا الله باللغو في ايماننا .

طلاق المدهوش :

المدهوش هو من فقد تمييزه برهه من الزمن ، طلق فيها زوجته اي لم يكن في وعي تام فطلق ، وهو لا يقصد الطلاق ، لان ارادته غير صحيحة في ذاك الوقت .

يقول ابن عابدين :[1] « فالذي ينبغي التعويل عليه في المدهوش ونحوه اناطة الحكم بغلبة الخلل في اقواله وافعاله الخارجة عن عادته . وكذا يقال فيمن اختل عقله لكبر او لمرض او لمصيبة فاجأته فما دام في حال غلبة الخلل في الاقوال والافعال لا تعتبر اقواله ، وان كان يعلمها ويريدها لان هذه المعرفة والارادة غير معتبرة لعدم حصولها عن ادراك صحيح . »

وهذا هو مذهب الاحناف ان طلاق المدهوش غير صحيح فبعضهم ألحقه بالجنون وبعضهم افرد له حالة خاصة كما فسرها ابن عابدين .

وجاء في الفتاوى الخيرية [2] اذ المصرح به عدم وقوع طلاق المجنون والمعتوه والمدهوش و.....

ويبدو لي ان طلاق المدهوش عند الاحناف كطلاق الغضبان عند الحنابلة ، فكل

---

(١) حاشية ابن عابدين ٤٣٨/٢ .
(٢) الفتاوى الخيرية ٣٧/١ .

من الغضبان والمدهوش غير تام الوعي ، وغير صحيح الارادة فهو اذا طلق لم يعبر طلاقه عن قصده بالطلاق ولهذا لا يعتبر طلاقه .

ومما يؤيد وجهة نظري هذه ان ابن عابدين وهو يشرح طلاق المدهوش استشهد بابن القيم في شرحه طلاق الغضبان وقال : — والذي يظهر لي ان كلا من المدهوش والغضبان لا يلزم فيه ان يكون بحيث لا يعلم ما يقول بل يكتفي فيه بقلبه الهذيان واختلاط الجد بالهزل [1] .

والذي اراه انه لا بد من وضع ضابط صحيح معقول لوصف كل من الغضبان والمدهوش اذ لا يصح ان نقول ان طلاق الغضبان لا يقع ، لاننا حينئذ لا نجد شخصاً يطلق زوجته وهو راض عنها ، وفي حالة الرضا ، اذ كل طلاق غالباً يكون في حالة غضب ، فهل نقول لكل اولئك ان الطلاق غير واقع [2] فلو كان الامر كذلك لم يقع على احد طلاق [3] .

لا بد في رأيي من وضع معيار دقيق للغضب والدهش وغيره طالما ان الاصل ، التعبير عن ارادة المطلق فكل طلاق يجب ان يصدر عن ارادة صحيحة ووعي تـــام

وقد قسم ابن القيم الغضب إلى ثلاث حالات في كتابه زاد المعاد — وقد نقلها عنه ابن عابدين أيضاً — [4] :

(١) ما يزيل العقل فلا يشعر صاحبه بما قال وهذا لا يقع طلاقه بلا نزاع .

(٢) ما يكون في مباديه بحيث لا يمنع صاحبه من تصور ما يقول ويقصده . فهذا يقع طلاقه بلا نزاع .

(٣) ان يستحكم ويشتد به فلا يزيل عقله بالكلية ، ولكن يحول بينه وبين نيته بحيث ينـــدم على ما فرط منه اذا زال فهذا محل نظر وعدم الوقوع في هذه الحالة قوى متجه .

---

(١) حاشية ابن عابدين ٤٣٨/٢ .

(٢) الفواكه العديدة من كتب الحنابلة ٥٤/٢ فيه بحث قيم عن طلاق الغضبان .

(٣) الروض النضير ١٦١/٤ .

(٤) زاد المعاد ٤٢/٤ .

وبعد ان ذكر ابن عابدين تقسيم ابن القيم للغضب قال : وهذا الموافق عندنا لما مر في المدهوش .

وبعدم التفرقة بين طلاق الغضبان والمدهوش اخذ القانون السوري اذ نص : — م ٨٩ ف١ : لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره .

ف٢ : المدهوش هو الذي فقد تمييزه من غضب او غيره فلا يدري ما يقول .

وفي قرار لمحكمة الاستئناف الشرعية الاردنية [1] بينة الزوجة على ان زوجها حين طلاقه لها كان في حالة صحو ، مقدمة على بينة الزوج انه كان مدهوشاً .



---

(١) قرار محكمة الاستئناف الشرعية الاردنية في عمان ١٩٦١/٨/٢١ .

المبحث الرابع

طلاق المخطىء

المخطىء من سبق لسانه إلى لفظ لا يقصده ، فمن أخطأ لسانه ولفظ بالطلاق وهو لا يقصد ذلك ، بل يقصد معنى آخر كما لو اراد ان ينادي زوجته فأخطأ لسانه فقال لها أنت طالق فهل يقع طلاقه ؟ ..

قال الاحناف : يقع طلاق المخطىء لان القصد ليس شرطاً في صحة الطلاق .

وقال جمهور الفقهاء لا يقع طلاق المخطىء :

الاحناف :

جاء في البدائع : [1] « ... وكذا كونه عامداً ليس بشرط حتى يقع طلاق الخاطىء وهو الذي يريد أن يتكلم بغير الطلاق، فسبق لسانه بالطلاق لان الفائت بالخطأ ليس إلا القصد ، وإنه ليس بشرط لوقوع الطلاق كالهازل واللاعب .

وذكر الكرخي عن محمد عن ابي حنيفة ان من أراد ان يقول لامرأته اسقيني ماء فقال لها : انت طالق وقع .

وفي الدر المختار : [2] « ان أراد التكلم بغير الطلاق فجرى على لسانه الطلاق او تلفظ به غير عالم بمعناه او غافلاً او ساهياً او بالفاظ مصحفة يقع قضاء فقط بخلاف الهازل واللاعب ، فانه يقع قضاء وديانة لان الشارع جعل هزله به جداً .

دليل الاحناف :

استدل الاحناف على وقوع طلاق المخطىء ، أن الخطأ أمر باطني يعرف من

---

(١) البدائع ٣/١٠٠ .

(٢) حاشية ابن عابدين على الدار المختار ٢/٤٣٦ .

صاحبه وفي التعرف عليه حرج ومشقة . وظاهر الكلام الصريح لا يحتاج إلى قصد ونية لان الظاهر يدل على الباطن ويعبر عنه . فاذا ما نطق الزوج بعبارة الطلاق وكان عاقلاً وقع طلاقه ، لانه لا عبرة بالقصد الصريح كما في طلاق الهازل [1] حيث يصح طلاقه رغم هزله .

المالكية :

في شرح الخرشي [2] : من اراد ان يتكلم بغير الطلاق فالتوى لسانه فتكلم بالطلاق فلا شيء عليه ، ان ثبت سبق لسانه في الفتوى والقضاء وان لم يثبت فلا شيء عليه في الفتوى ويلزمه في القضاء .

الشافعية :

جاء في نهاية المحتاج [3] : وان كان اسمها طارقاً او طالباً او طالعاً فقال يا طالق وقال اردت النداء باسمها فالتف الحرف بلساني صدق ظاهراً لظهور القرينة فان لم يقل ذلك طلقت .

وفي متن المنهاج [4] : « ولو سبق لسان بطلاق بلا قصد لغا، ولا يصدق ظاهراً إلا بقرينة . »

وقال في مغنى المحتاج [5] : « ولا يصدق ظاهراً في دعواه سبق لسانه بالطلاق لتعلق حق الغير به . ولان الظاهر الغالب ان البالغ العاقل لا يتكلم بكلام الا ويقصده

---

(١) فقه القرآن والسنة حسن مأمون ص ١٠٢ .

(٢) شرح الخرشي ١٧٢/٣ وفي الشرح الكبير الدرديري ٤٢٨/٢ ان قصد التكلم بغير لفظ الطلاق فزل لسانه فتكلم به فلا يلزمه شيء مطلقاً إن ثبت سبق لسانه وان لم يثبت قبل في الفتوى دون القضاء

(٣) نهاية المحتاج ٨٢/٦ .

(٤) مغنى المحتاج ٢٨٧/٣ .

(٥) المصدر السابق ٢٨٨/٣ .

الحنابلة :

جاء في المغنى [1] : « قال ابو بكر : لا خلاف عن أبي عبد الله انه اذا اراد ان يقول لزوجته اسقيني ماء فسبق لسانه فقال : انت طالق انه لا طلاق فيه . »

الزيدية :

في المنتزع المختار [2] : « اما لو لم يقصد ايقاع اللفظ بل سبقه لسانه فانه لايقع الطلاق . »

وجاء في حاشية المنتزع المختار : ولا يقبل قوله انه سبقه لسانه الا مع قرينة تدل . نحو ان يكون اسم امرأته طارق فقلب الراء لاماً في ندائه من غير قصد ، ولا يقبل قوله الا مع مثل هذه القرينة .

الجعفرية :

جاء في جواهر الكلام [3] في بحث ركن القصد في الطلاق بعد ان ذكر من لايقع طلاقه قال : « والغالط الذي هو في الحقيقة لم يقصد اللفظ ولا المعنى لانه اراد ان يقول مثلاً انت طاهرة فسبق لسانه فقال طالق . »

الظاهرية :

جاء في المحلى [4] : « ومن طلق وهو غير قاصد إلى الطلاق لكن أخطأ لسانه فان قامت عليه بينة قضى عليه بالطلاق . وان لم تقم عليه بينة لكن اتى مستفتياً لم يلزمه الطلاق ... واما اذا قامت بذلك بينة فانه حق قد ثبت وهو في قوله لم أنو الطلاق مدع بطلان ذلك الحق الثابت فدعواه باطل . »

---

(١) المغنى ٨/٢٦٥ .

(٢) المنتزع المختار ٢/٢٨٢ .

(٣) جواهر الكلام ٥/٢٧٣ .

(٤) المحلى ١٠/٢٠٠ .

وقال ابن حزم وبرهان ذلك :

١ـ قوله تعالى : « ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم » .

٢ـ قوله صلى الله عليه وسلم : « إنما الاعمال بالنيات وإنما لكل امرىء ما نوى » فصح أن لا عمل إلا بنية ولا نية إلا بعمل .

٣ـ قضاء عمر بن الخطاب : وذلك في امرأة قالت لزوجها سمني خلية طالق ، فقال لها فأنت خلية طالق ، ثم أتت عمر بن الخطاب وقالت له ان زوجي طلقني ، فجاء زوجها فقص عليه القصة فأوجع عمر رأسها وقال لزوجها : خذ بيدها وأوجع رأسها .

ادلة الجمهور في عدم صحة طلاق المخطىء :

ويمكن اضافة ادلة اخرى غير التي ساقها ابن حزم في الاستدلال على رأيه بعدم وقوع طلاق المخطىء .

ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم : [1]

١ـ عن أبي ذر الغفاري: قال رسول الله: ان الله تجاوز لي عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه .

٢ ـ وعن ابي هريرة قال : قال رسول الله : ان الله تجاوز لا متي عما توسوس به صدورها ما لم تعمل به او تتكلم به وما استكرهوا عليه .

٣ـ وعن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : ان الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه .

والذي نراه سداً لباب الاحتيال والتلاعب وضماناً لحقوق الزوجة الاخذ برأي الاحناف بوقوع الطلاق الا اذا قامت قرينة على أن الزوج لم يقصد الطلاق ، بحيث يثبت ان لفظه كان خطأ فنأخذ برأي الجمهور وبعدم وقوع طلاقه . أي متى ظهر لنا أن الزوج تلفظ بالطلاق وهو لا يقصد معناه بل قصد معنى آخر ، فأخطأ لسانه بلفظ الطلاق بلسانه فلا يقع .

---

(١) سنن ابن ماجه ٣٢٢/١ .

ويرجح استاذنا الشيخ محمد أبو زهرة عدم وقوع طلاق المخطىء مطلقاً . فقد جاء في كتابه الاحوال الشخصية [1] بعد أن ذكر ان القانون في طلاق المخطىء على مذهب أبي حنيفة بوقوع طلاق المخطىء .

قال فضيلته : ومن المستحسن ان يغير ذلك ، ليتم العمل بالحديث: رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولأن الطلاق شرع للحاجة ، فلا بد من قصد صحيح اليه ، لحاجة باعثه عليه .

* * *

وخلاصة ما نراه في هذا الفصل

انه لا بد في الطلاق من قصد ولفظ يدلان عليه ، فاذا افترق اللفظ عن القصد فلا يقع به طلاق وكذلك لا يقع الطلاق بمجرد النية .

كما أن كل عيب في الارادة او صدور أي لفظ من الرجل لا يقصد به الطلاق فلا يقع .

فالطلاق كما نرجحه يجب ان يتوافر فيه القصد مع اللفظ ، وهو ما ذهب اليـه الظاهرية والجعفرية وهو أقرب إلى المصلحة وإلى روح نظام الطلاق كما شرعه الله في القرآن الكريم ، وما جاء في السنة النبوية وفيه تضييق من دائرة الطلاق .

ومع هذا فاننا نرى سداً للذرائع وعدم الاحتيال وللاستقرار الزوجي ان الزوج اذا طلق زوجته بارادة صحيحة ولفظ صريح ولم تقم القرائن على هزله فيما يتلفظ به فطلاقه واقع وان لم ينوه . هذا في القضاء واما بينه وبين الله فلا يقع طلاقه إلا اذا نوى بذلك الطلاق .

* * *

---

(١) الاحوال الشخصية قسم الزواج ص ٢٨٨ .

الفصل الثالث

المطلق ـ الزوج

الأصل في الطلاق ان يكون بيد الزوج لعموم آيات الطلاق في القرآن الكريم . ولقوله صلى الله عليه وسلم انما الطلاق بيد من اخذ بالساق [1] .

ويبدو لي ان هذا ليس على سبيل الحصر بحيث لا يجوز لغير الرجل ان يطلق [2] فقد يطلق القاضي ولو ابى الزوج الطلاق . كما يجوز للزوج ان يفوض الزوجة بالطلاق او ان يوكل غيرها بذلك .

ولما كان موضوع تطليق القاضي سوف نبحثه في باب مستقل فسنتناول في هذا الفصل المبحثين التاليين :

١ـ شروط الزوج المطلق .

٢ـ الانابة في الطلاق .

---

(١) كشف الخفاء ٢١٤/١ .

(٢) ويؤيد ما ذهبنا اليه بعدم الحصر قصة هذا الحديث :

« عن ابن عباس قال : أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال يا رسول الله سيدي زوجني امته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها قال : فصعد رسول الله المنبر فقال : ايها الناس ما بال احدكم يزوج عبده امته ثم يريد أن يفرق بينهما . انما الطلاق بيد من أخذ بالساق » . واخرجه الطبراني عن عصمة ابن مالك :

فالحديث يدل على ان السيد لا يملك طلاق زوجة عبده . ولم يكن مراد النبي صلى الله عليه وسلم أن يقول لا احد يملك الطلاق إلا الرجل .

المبحث الاول

شروط الزوج المطلق

الركن الثالث في الطلاق هو الزوج فيشترط فيه ان يكون بالغاً عاقلاً فلا طلاق من الصبي ولا المجنون ولا المعتوه [1] لان العقل شرط اهلية التصرف [2] .

ولا خلاف بين الفقهاء في ذلك الا ما روي في مذهب احمد من جواز طلاق الصبي اذا كان يعقل معنى الطلاق .

ودليل جمهور الفقهاء فيما ذهبوا اليه :

١- قوله صلى الله عليه وسلم : رفع القلم عن ثلاثة : النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يعقل او يفيق [3] .

٢- وروى عن علي بن ابي طالب [4] كل الطلاق جائز الا طلاق المعتوه [5] .

---

(١) والفرق بين المجنون والمعتوه ان المعتوه هو قليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير لكن لا يضرب ولا يشتم بخلاف المجنون . ابن عابدين ٢/٤٣٧ .

(٢) سنبحث هنا عوارض الاهلية بالنسبة للزوج المطلق . وقد بحثنا عيوب الرضى في فصل القصد في الطلاق . والفرق بينهما واضح فعوارض الاهلية أمور طارئة للانسان تؤثر في عقله ولها صفة الاستمرار أما عيوب الرضا فهي امور وقتية تطرأ للشخص تجعل رضاه معيباً .

راجع عوارض الأهلية الدكتور حسين النوري ص ٩٦-٩٧ .

(٣) ابن ماجه ١/٣٢٢ .

(٤) فتح الباري ٩/٢٢٣ .

(٥) وذلك بعد أن ذكر حكم المجنون والصبي والنائم .

وهذه آراء الفقهاء :

الأحناف :

جاء في الجوهرة [1] : « ولا يقع طلاق الصبي والمجنون لانه ليس لهما قول صحيح وكذا المعتوه لا يقع طلاقه . » [2]

إلا ان الحنيفة قالوا اذا علق طلاقه على أمر وهو عاقل ثم حصل هذا الامر وهو مجنون وقع الطلاق [3] .

الشافعية : وجاء في المذهب [4] : « يصح الطلاق من كل زوج بالغ عاقل لقوله عليه السلام : رفع القلم عن ثلاثة ...

واما الصبي فلا يصح طلاقه ... فأما من لايعقل ، فانه لم يعقل بسبب يعذر فيه كالنائم والمجنون والمريض لم يقع طلاقه لانه نص في الخبر على النائم والمجنون وقسنا عليهما الباقين . »

المالكية : جاء في بداية المجتهد [5] : « واما طلاق الصبي فان المشهور عن مالك

---

(١) الجوهرة ٢/٣٣ .

(٢) قال ابن الهمام في فتح القدير ٣/٣٨ معلوم من كليات الشريعة ، ان التصرفات لا تنفذ الا ممن له اهلية التصرف ، وأدناها بالعقل والبلوغ ، خصوصاً ما هو دائر بين الضرر والنفع كالطلاق ، فانه يستدعي تمام العقل ليحكم به التمييز في ذلك الامر . ولم يكف عقل الصبي العاقل لانه لم يبلغ الاعتدال بخلاف ما هو حسن لذاته بحيث لا يقبل السقوط وهو الايمان حتى صح من الصبي العاقل . ولو فرض لبعض الصبيان المراهقين عقل جيد لايعتبر ، لان المدار صار البلوغ لانضباطه فتعلق به الحكم وكون البعض له ذلك لا يبني الفقه باعتباره لانه إنما يتعلق بالكلية .

(٣) جاء في المادة ٢١٩ من الأحكام الشرعية للاحوال الشخصية :
لايقع طلاق النائم والمجنون والمعتوه ومن اختل عقله لكبر أو مرض أو مصيبة فاجأته . وانما يقع طلاق المجنون اذا علقه بشرط وهو عاقل ثم جن ووجد الشرط وهو مجنون .

(٤) المهذب ٢/٨٢ .

(٥) بداية المجتهد ٢/٤٩ .

انه لا يلزمه حتى يبلغ . والقول الثاني : انه يلزمه اذا ناهز الاحتلام » .

وقال الدردير [1] : « ولا يقع الطلاق من مجنون ولو غير مطبق اذا طلق حال جنونه . »

الزيدية : جاء في التاج المذهب في بحث شرائط الطلاق : « ان يكون ذلك الطلاق من مكلف وهو البالغ ، فلا يصح من صبي ولو كان مميزا ولو اذن له وليه في ذلك ولا من المجنون والمعتوه » .

الجعفرية : في الروضة البهية [2] : « ويعتبر في المطلق البلوغ فلا يصح طلاق المجنون المطبق مطلقاً ، ولا غيره في حال جنونه . »

وفي جواهر الكلام [3]: وفي المعتوه خلاف حسب تمييزه الطلاق .

الحنابلة : في المغنى [4] : « واما الصبي الذي لا يعقل فلا خلاف في انه لا يملك حق الطلاق .

وأما الذي يعقل الطلاق ويعلم ان زوجته تبين به وتحرم عليه فأكثر الروايات عن احمد ان طلاقه يقع . وروى ابو طالب لا يجوز طلاقه حتى يحتلم .. لانه غير مكلف فلم يقع طلاقه كالمجنون . »

---

(١) حاشية الدسوقي ٢/٤٢٧ .

(٢) الروضة البهية ٢/١٤٨ .

(٣) جواهر الكلام ٥/٢٧٢ .

(٤) المغنى ٨/٢٥٨ .

وفي الانصاف [1] : « يصح طلاق الصبي العاقل على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الاصحاب .»

* * *

هل للولي ان يطلق عن الصغير او المجنون ؟ ..

قلنا ان الطلاق بيد الزوج وليس لغيره ان يطلق الا القاضي او من يفوض اليه الزوج امر الطلاق من زوجة او غيرها ؟ فاذا كان الزوج غير مكلف وطالبت الزوجة الطلاق او لم تطلب فهل لولي الزوج القاصر ان يطلق عنه ؟ ...

قال الاحناف والزيدية والشافعية : ليس للولي على النفس ان يطلق على موليه ابدا . وان كان له ان يزوجه .

جاء في مغنى المحتاج في شروط الطلاق [2] : كونه من زوج او وكيله فلا يقع طلاق غيره الا في المولي يطلق عليه الحاكم [3] . »

وفي التاج المذهب [4] : « ولا يصح (الطلاق) من غير الزوج او وكيله ، ولا من ولي الصبي والمجنون . »

وقد ذكر ابن عابدين في رد المحتار [5] : « انه لا يصح طلاق المولي نيابة عن الصغير أو المجنون . »

وعند الحنابلة روايتان في طلاق الولي .

جاء في المحرر [6] : « لا يقع الطلاق الا من زوج . وعنه « أي عن الامام أحمد »

---

(١) الانصاف ٤٣١/٨ .

(٢) مغنى المحتاج ٢٧٩/٣ .

(٣) اذا آلى الزوج زوجته ومضت أربعة اشهر أمره القاضي بالفيء أو الطلاق فأن أبى طلق عليه واما في سائر الفرق التي يفرق القاضي بها بين الزوجين ، فيعتبر في المذهب الشافعي فسخاً لاطلاقاً .

(٤) التاج المذهب ١٠٨/٢ .

(٥) حاشية ابن عابدين ٤٢٨/٢ .

(٦) المحرر ٥٠/٢ .

ان والد الصبي والمجنون يطلق عنهما . »

واما عند المالكية فيجوز لولي الصغير او المجنون الطلاق عليهما كما جاء في حاشية الدسوقي [1] ومواهب الجليل [2] وشرح الخرشي [3] .

ويقول الخرشي في شرحه مختصر خليل [4] . « ويجوز صدور الطلاق من ولي الصغير سواء كان اباً او وصيا او سلطانا او نائباً على وجه النظر في الجميع » .

وفرق الجعفرية بين المجنون والصبي فقالوا يجوز طلاق ولي المجنون ولا يجوز طلاق ولي الصبي .

جاء في جواهر الكلام [5] :« ولو طلق وليه عنه لم يصح بلا خلاف (الصبي) بخلاف ولي من اعتراه الجنون بعد بلوغه باعتبار عدم امد له ينتظر . »

وفي الروضة البهيه [6] : « ويطلق الولي وهو الاب والجد له مع اتصال جنونه لصغره ، والحاكم عند عدمهما عن المجنون المطبق مع المصلحة لا عن الصبي لان له امدا يرتقب ويزول نقصه فيه . »

والذي نراه ان الطلاق كسائر التصرفات لا بد فيه من كمال الاهلية فلا طلاق من صبي ، ولا من مجنون ، ونظراً للمصلحة وللضرورة في كثير من الحالات ، فاننا نميل إلى اعطاء هذا الحق للقاضي .

والقواعد العامة تقضي بان ممارسة هذا الحق تتعلق باهلية المدعي ، لا أهلية المدعى عليه ، فاذا كانت الزوجة كبيرة ورفعت الدعوى على زوجها المجنون طالبـــة التفريق

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٤٢٧/٢ .
(٢) مواهب الجليل ٢٦/٤ .
(٣) شرح الخرشي ١٧١/٣
(٤) المصدر السابق ١٥٥/٣
(٥) جواهر الكلام ٢٧١/٥
(٦) الروضة البهية ١٤٨/٢

للضرر ، فعلى القاضي ان يتولى التفريق نيابة عن الزوج لرفع الظلم حيث تعذر الامساك بالمعروف وهذا ما عليه العمل في قوانين البلاد العربية حيث لا يجوز للولي الطلاق نيابة عن الزوج القاصر انما للقاضي هذا الحق بناء على طلب الزوجة .

واما الصبي فلم يعد بين قوانين البلاد العربية من يسمح بزواج من كان دون سن البلوغ فلم يعد للامر أهمية .

وقد نص القانون السوري في مادته ٨٥ : ان الزوج يكون متمتعاً بالاهلية الكاملة للطلاق في تمام الثامنة عشرة من عمره .

ونص أيضاً : انه يجوز للقاضي ان يأذن بالتطليق او يجيز التطليق الواقع من البالغ المتزوج قبل الثامنة عشرة اذا وجد المصلحة في ذلك .

وقد انتقد فضيلة استاذنا الشيخ علي الخفيف هذه المادة فقال [١] : « وفي رأيي أن هذا ليس من الأمور التي يجوز لولي الأمر فيها ان يحد حدودا يلزم الناس بها اذ أن من يطلق زوجته قبل بلوغه الثامنة عشرة وهو بالغ بالعلامات كيف يستمر حلها له واعتبارها زوجة له وقد طلقها فانقضت زوجيتها » .

وسبب النص على سن معين للطلاق ان القانون السوري حدد سنا معيناً للزواج [٢]

---

(١) فرق الزواج ص ٥٨ .

(٢) يقول استاذنا الدكتور السباعي في كتابه شرح قانون الأحوال الشخصية :

لعل القانون اعتبر الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الاهلية المالية في الزوجين لأنه عقد تترتب عليه التزامات مالية وواجبات اجتماعية وعائلية . وقد تعقدت الحياة فكثرت تكاليفها وتطلباتها ، فليس من المصلحة أن يعطى الزوج – فتى أو فتاة – صلاحية الاقدام عليه من غير نضج فكري وخبرة مالية ومعرفة بشؤون الحياة وقدرة على القيام بالاعباء الزوجية وذلك انما يكون ببلوغ سن الرشد المالي .

هو الثامنة عشر بحيث لا يجوز العقد قبل هذا السن فليس من المعقول ان يحدد سنا للزواج ويبيح الطلاق لمن هو دون هذا السن [1] .

(١) وقد نصت م ١٦ : تكمل أهلية الزواج على الفتى بتمام الثامنة عشرة ، وفي الفتاة بتمام السابعة عشرة من العمر .

م ١١٨ : اذا ادعى المراهق البلوغ بعد إكماله الخامسة عشر أو المراهقة بعد إكمالها الثالثة عشرة ، وطلبا الزواج يأذن به القاضي اذا تبين له صدق دعواهما واحتمال جسميهما .

وقد انتقد أستاذنا الدكتور السباعي تعيين سن الفتاة بعد أن بين وجهة نظر القانون . وفي رأي فضيلته أنه يكفي البلوغ الطبيعي على أن لايقل عن الثالثة عشر من العمر .

على أنه مما يجدر ذكره أنه لم يسبق للقاضي عرفاً وعادة أن رفض الاذن بزواج فتاة بلغت الثالثة عشرة من عمرها .

طلاق السفيه

وأما طلا ق السفيه [1]

فيصح طلاقه عند جمهور الفقهاء [2] وقال الجعفرية [3] يصح طلاقه بما لا يوجب مالا .

وفي رأيي ان السفيه الذي لا يملك التصرف في أمواله لعدم رشده وللدلالة على اضطراب عقله وضعف تدبيره كيف نسمح له بطلاق زوجته ؟ .. وهل هذا أقل أهمية وأضعف أثرا من التصرف في القليل من ماله ؟ . وحتى من الناحية المالية اليس في الطلاق تبعات مالية من دفع مؤخر الصداق ونفقة العدة وقد يسبب له الطلاق الزواج ثانية فيكبده اموالا أخرى ؟ إن من لا يحسن التصرف في أمواله جدير به الا يحسن التصرف في بيته فيسيء الى زوجته فيطلقها . إن من المصلحة ان يحجر على السفيه في طلاقه كما يحجر عليه في أمواله .

* * *

---

(١) السفيه كما عرفته مجلة الاحكام العدلية م ٩٤٦ هو الذي ينفق ماله في غير موضعه ويبذر في نفقاته ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف . راجع شرح المجلة للاستاذ سليم باز .

(٢) مغنى المحتاج ٢٧٩/٣ المغنى ٢٥٨/٨ الشرح الكبير الدردير ٤٢٧/٢ .

(٣) المختصر النافع ص ١٦٥ مباحث الحكم عند الفقهاء والاصوليين للدكتور مدكور ص ٣١٥ التوضيح والتلويح ص ٢١٨/٣ كشف الاسرار ١٤٩٢/٤.

المبحث الثاني

الانابة في الطلاق

قلنا ان الاصل في الطلاق ان يكون بيد الرجل ، وقد يكون بحكم القاضي في حالات معينة بناء على طلب احد الزوجين ، فهل للزوج ان يفوض امر الطلاق إلى زوجته نفسها ؟ ام لا يجوز ذلك لانه حق لا يصح التنازل عنه للغير [1] .

ذهب جمهور الفقهاء إلى انه يجوز للزوج ان يفوض امر الطلاق إلى زوجته .

وخالف الظاهرية فقالوا : لا يجوز للزوج ان يفوض امر طلاق زوجته إلى الغير .

والاصل في هذا : ان نساء النبي صلى الله عليه وسلم شكون اليه في يوم ما قلة النفقة فنزل قوله تعالى [2] : « يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن واسرحكن سراحاً جميلا . وان كنتن تردن الله ورسوله والدار الاخرة فان الله اعد للمحسنات منكن اجرا عظيما . »

وفي فهم هذه الاية والاستدلال بها انقسم الفقهاء إلى ثلاثة اراء :

١ــ فجمهور الفقهاء قالوا : ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل لزوجاته حق الخيار بين البقاء او الفراق ، وعلى هذا فالزوج اذا خير زوجته ، فان اختارته فلا شيء ، وان اختارت نفسها كان ذلك طلقة واحدة .

---

(١) أما طلاق الفضولي فقد أجازته أكثر المذاهب كالمالكية والاحناف والحنابلة والزيدية ومنعته مذاهب أخرى كالظاهرية والجعفرية . راجع حاشية الدسوقي ٤٢٧/٢ شرح الخرشي ١٧٢/٣ حاشية ابن عابدين ٤٣٦/٢ ، المحرر ٥٠/٢ التاج المذهب ٢٠٠/٢ .

(٢) سورة الاحزاب الآيتان : ٢٨ و ٢٩ .

٢ــ وقال الظاهرية : ليس الخيار في الاية بين البقاء والفراق ، انما الخيار بين الدنيا والاخرة .

٣ــ وقال علي بن ابي طالب وزيد بن ثابت : ان اختارت الزوجة نفسها فطلقة بائنة وان اختارت زوجها فطلقة رجعية (١) .

(١) ادلة الجمهور :

١ــ ان الله جعل اختيار الزوجات للدنيا ــ في الاية الكريمة ــ اختيارهن للطلاق وذلك لقوله تعالى :

« ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن وأسرحكن سراحاً جميلا . » والمتعة لا تكون الا بعد الطلاق فدل على ان اختيارهن الدنيا معناه طلاق انفسهن بهذا الاختيار .

٢ــ وبما جاء في صحيح البخاري (٢) : « عن عائشة رضي الله عنها قالت : خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترنا الله ورسوله فلم يعد ذلك علينا شيئاً » .وفي رواية: فلم يعدّه طلاقا (٣) فدل على انه لو اخترن انفسهن لكان طلاقا .

(٢) واستدل الظاهرية على رأيهم بالآية الكريمة بتفسير آخر فقالوا :

١ــ قوله تعالى :« ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها » إلى قوله وان كنتن تردن الله ورسوله والدار الاخرة تدل على ان التخيير بين الدنيا والاخرة لا بين الفراق والبقاء.

٢ــ ثم قوله تعالى : « فتعالين امتعكن » اي ان اخترتن الحياة الدنيا فتعالين اطلقكن

---

(١) البدائع ٣/١١٩ .

(٢) صحيح البخاري ٩/٣٠٢ وسند الحديث : حدثنا عمر بن حفص حدثنا الاعمش حدثنا مسلم عن مسروق عن عائشة .

(٣) زاد المعاد ٤/٦٧ .

وامتعكن فالله سبحانه وتعالى أمر نبيه عليه السلام ان يطلقهن اذا اخترن الدنيا ولم يوجب ذلك وقوع طلاق باختيارهن [(١)] .

* * *

رد الجمهور :

وقد رد جمهور الفقهاء على من قال : ان اختارت زوجها فطلقة رجعية ، وان اختارت نفسها فطلقة بائنة ، ان التخيير يفيد ترديد بين شيئين ، فلو كان اختيارها لزوجها طلاقا ، لاتحد الامران اذ في كل منهما فرقة ، فدل على ان اختيارها لنفسها بمعنى الفراق ، واختيارها لزوجها بمعنى البقاء .

وردوا على الظاهرية أيضا بقوله عليه السلام بما روته السيدة عائشة قالت :

لما نزلت : « وان كنتن تردن الله ورسوله » دخل علي النبي صلى الله عليه وسلم فبدأ بي فقال : « يا عائشة اني ذاكر لك امراً فلا عليك ان لا تعجلي فيه حتى تستأمري ابويك » قالت : قد علم الله تعالى ان ابوي لم يكونا يأمراني بفراقه . قالت فقرأ علي : يا ايها النبي قل لازواجك ... فقلت أفي هذا أستأمر أبوي فاني اريد الله ورسوله [(٢)] .

فقوله صلى الله عليه وسلم : اني ذاكر لك امرا فلا عليك ان لا تعجلي فيه حتى تستأمري ابويك ، واستئمار الوالدين لا يكون في الخيار بين الدنيا والاخرة ، اذ لا يحتاج مثل هذا الامر إلى بيان بل ان الاستئمار هنا كان بين البقاء او الفراق .

اراء المذاهب في تفويض الزوجة طلاق نفسها :

سنبحث اراء الفقهاء في تفويض الزوج زوجته أمر طلاقها لدى مختلف المذاهب ثم نذكر ما ذهبت اليه التشريعات العربية .

للزوج ان يوكل غيره بطلاق زوجته . والوكيل يعبر عن رأي الموكل ، فليس له التصرف في غير ما وكل به . هذا الغير قد يكون اجنبياً ، وقد يكون الزوجة نفسها وحينئذ يسمى التوكيل تفويضا ، لان الزوجة تتصرف برأيها ، فتطلق نفسها ان شاءت ،

---

(١) المحلى ٢١٦/١٠ الفتح الباري ٣٠٢/٩ .
(٢) أحكام القرآن للجصاص ٤٣٩/٣ .

أو تبقى على الزوجية ، فهي لا تعبر عن رأي زوجها كما في التوكيل .[1] .

واذا فوض الزوج أمر الطلاق إلى زوجته كانت عصمتها بيدها تطلق نفسها متى شاءت وفي هذا اعطاء الحرية للزوجات في طلاق انفسهن متى اردن ذلك .

وسنبحث في هذا الموضوع النقط التالية :

١) الصيغة التي يتم فيها التفويض .

٢) الوقت الذي ينشأ فيه .

٣) تكييف التفويض .

٤) اثار التفويض .

* * *

١ ــ صيغة التفويض :

١) ــ **من حيث اللفظ**[2] : تكون صيغة التفويض بلفظ صريح ، كما تكون بلفظ كناية ، والفرق بينهما كما في الطلاق ، ان اللفظ الصريح لا يحتاج فيه إلى نية ، بينما لفظ الكناية لا يقع به الطلاق الا بالنية أو دلالة الحال .

فمن الفاظ التفويض الصريحة قول الزوج لزوجته : طلقي نفسك . فاذا قالت طلقت نفسي وقع الطلاق .

ومن الفاظ الكناية : اختاري نفسك ، وامرك بيدك ، فاذا قال الزوج لزوجته اختاري نفسك ، ونوى بذلك تفويض الطلاق اليها فقالت اخترت نفسي ، ونوت الطلاق وقع الطلاق ، اما اذا لم تذكر كلمة نفسي ، او قالت اخترت زوجي او لم تنو الطلاق فلا يقع الطلاق .

---

(١) فتح القدير والهداية ٣/١٠٠–١١٣ .

(١) المبسوط ٦/٢١٠ .

٢) — **من حيث التعميم والتقييد** [١] : الصيغة التي يتم بها التفويض اما ان تكون مقيدة بزمن معين . او ان تكون صيغة عامة في جميع الازمان . او تكون الصيغة مطلقة عن التقييد والتعميم .

أ— فالصيغة ان كانت مقيدة بزمن معين كما لو قال الزوج لزوجته : طلقي نفسك خلال هذا الشهر ، ففي هذه الحالة تملك الزوجة تطليق نفسها خلال الشهر المعين لها بحيث لو مضى ولم تطلق نفسها زال حقها في هذا الطلاق . فلو كانت الزوجة غائبة عن مجلس التفويض وبلغها امر ذلك بعد مضي شهر فطلقت نفسها لم يقع طلاقهـــا والزوجية قائمة .

ب — وقد تقترن صيغة التفويض بما يدل على التعميم في جميع الازمان كأن يقول لها : طلقي نفسك كلما شئت او متى شئت فهذه صيغة عامة تملك الزوجة بموجبها تطليق نفسها في أي وقت شاءت .

ج — اما اذا كانت عبارة التفويض مطلقة عن التقييد والتعميم كقوله لها : طلقي نفسك دون ان يحدد زمناً . ففي هذه الحالة لا تملك طلاق نفسها ، الا وهي في المجلس ، فلو قامت من مجلسها زال حقها ، ولا تملك بعدئذ الطلاق الا بتفويض جديد . وان كانت غائبة عن مجلس التفويض فيقيد حقها بالصيغة المطلقة بالمجلس الذي تخبر فيه أمـــر التفويض .

* * *

وقد أصدرت محكمة طنطا الشرعية حكما وأيد استئنافا [٢] : ان التفويض اذا كان حين عقد الزواج بصيغة مطلقة لا يتقيد بالمجلس ، وللزوجة ان تطلق نفسها متى شاءت ، والا خلا التفويض من الفائدة . وقد كان هذا الحكم محل نقاش بين الفقهاء .

---

(١) البدائع ٣/١٢٩ .

(٢) العدد ١٢ من مجلة الاحكام الشرعية السنة الثانية .

قال الشيخ عبد الوهاب خلاف رحمه الله [١] : « وهذا الحكم ظاهره مخالف لما تقدم ، من ان صيغة التفويض المطلقة تفيد التمليك في المجلس فقط ، الا ان يقال ان التفويض اذا كان حين عقد الزواج فهو مقترن بقرينة حالية تدل على التعميم . اذ لا يعقل ان يقصد المفوض تمليكها تطليق نفسها في خصوص مجلس زواجها . فالصيغة بدلالة الحال تفيد التعميم وهم لم يشترطوا ان يدل على تعميم التفويض دليل لفظي ، فيشمل دلالة الحال ودلالة اللفظ فتكون الصيغة المطلقة للتفويض حين العقد في معنى صيغة التفويض المقرونة بما يفيد التعميم فهي مطلقة لفظا فقط . »

ويقول استاذنا الشيخ محمد ابو زهرة [٢] : « ولكن استحسنت بعض المحاكم الشرعية ان يعم التفويض كل الاوقات ويكون الأمر كما لو قالت متى شئت لان ذلك هو مرادها وقرينة الحال تؤيده اذ المعقول انها ما تزوجت لتطلق نفسها في الحال ، بل لتملك ذلك الحق في المآل . والالفاظ تفسر بأغراضها ومراميها . واني اميل الى ذلك الاستحسان وأنه فقه مستقيم . »

أما فضيلة الاستاذ الشيخ احمد ابراهيم فقد انتقد الحكم المذكور لمخالفته المذهب الحنفي وهو المرجع للقضاء في هذه الحال فقال في كتابه الاحوال الشخصية [٣] :

ان المحاكم الشرعية مقيدة بأن تحكم بأرجح الاقوال من مذهب أبي حنيفة وليس ما حكمت به المحكمة ارجح الاقوال من مذهب أبي حنيفة ، ولا هو قول في المذهب . وغاية ما يقال انه جرى عرف الناس انهم يفوضون الطلاق بمثل هذا اللفظ ولا يقيدونه بعموم المشيئة ، وهم يريدون باستعماله كذا التعميم ولو لم ينصوا عليه ، والعرف في الشرع له اعتبار : فهل عرف الناس عموماً هكذا أو هو جهل باستعماله العبارات في معانيها المرادة بها شرعاً . وهل يعذر الانسان بجهله استعمال اللفظ في غير المعنى الذي حدده له

---

(١) الاحوال الشخصية الشيخ عبد الوهاب خلاف ص ١٢٥ .

(٢) الاحوال الشخصية قسم الزواج الشيخ محمد أبو زهرة ص ٣٢٢ .

(٣) الاحوال الشخصية . الشيخ أحمد ابراهيم ص ٢٧٣ .

الشارع ، ويقبل منه باستعماله في غيره ، لان العرف يسعده وما قيمة العرف ازاء هذا الاجماع المسلم عند علماء المذهب ؟ ...

ويقول : فالذي اراه ان العبارات التي عين معانيها الشرع ، وحددها اذا استعملها القوم مريدين بها غير ما عينه لها الشارع من المعنى فلا يقبل ذلك منهم ولا يلتمس لهم عذر فيه .

* * *

٢ ـ الوقت الذي ينشأ فيه التفويض :

يجوز تفويض الطلاق الى الزوجة اثناء عقد الزواج وبعده . فاذا فوض الزوج لزوجته طلاق نفسها حين انشاء عقد الزواج فلا يصح الا اذا كان الموجب هو الزوجة كأن تقول امرأة لرجل : زوجت نفسي منك على أن يكون أمر طلاقي بيدي، اطلق نفسي متى شئت فقال لها : قبلت ، تم العقد ، والتفويض صحيح . بعكس ما لو قال لها تزوجتك على ان امرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت فقالت قبلت ، يتم العقد ولا يصح التفويض .

والفرق بين الحالين ، ان الزوجة اذا بدأت صيغة العقد وقبل الزوج ، فانما قبوله التفويض بعد تمام عقد الزواج . أما لو بدأ الصيغة الزوج فانه يملكها الطلاق في وقت لا يملكه لأنه لم يتم الزواج حينما فوض اليها أمر طلاقها [١] .

وأما التفويض بعد العقد فيجوز في كل وقت لان الزوج يملك الطلاق ومن ملك شيئاً جاز له التصرف فيه من توكيل او تفويض او تمليك .

* * *

---

(١) وجاء في الفتاوى المهدية ٢٠٠/١ تزوجها على أن أمرها بيدها إن بدأت به صح وإلا فلا .

٣ ـ تكييف التفويض :

التفويض عند الاحناف له شبه بالتمليك والتعليق والتوكيل في حالات معينة ويختلف عنها في حالات أخرى :

فالتفويض يخالف التوكيل ويشبه التمليك :

١ ـ المفوض اليه يعمل بمشيئة نفسه . أما الوكيل فيعمل بمشيئة موكله ، والأول يعمل لمصلحته والثاني لمصلحة غيره .

٢ ـ في التفويض المطلق عن الزمن يتقيد المفوض اليه في الطلاق ما دام في المجلس الذي هو فيه . أما في التوكيل فلا يتقيد الوكيل بالمجلس فيصح للوكيل ان يطلق متى أراد .

والتفويض يخالف التوكيل ويشبه التعليق :

١ ـ في التفويض لا يجوز للزوج الرجوع عما فوض به ؛ لان التفويض في معنى التعليق . فالزوج حين يفوض زوجته بطلاق نفسها فكأنه يقول لها ان طلقت نفسك فانت طالق ، وتعليق الطلاق لا يجوز الرجوع فيه ، لان التعليق يمين واليمين لا يجوز الرجوع عنها .

أما في التوكيل فيجوز للوكيل الرجوع عن وكالته لان الوكالة عقد غير لازم .

٢ ـ اذا جن الزوج بعد تفويضه فلا يتأثر المفوض اليه بذلك لان التفويض تعليق فكأنه علق طلاق زوجته على تطليق من فوضه بذلك .

أما في التوكيل فان الوكيل ينعزل بجنون الموكل .

٣ ـ في التفويض لا يشترط ان يكون المفوض اليه بالغا او عاقلا اما في الوكالة فيشترط ذلك .

والتفويض يشبه التوكيل ويخالف التمليك :

١ ـ ان التفويض كالتوكيل كلاهما لا يسلب حق الزوج بالطلاق . فلو وكل آخر بطلاق زوجته او فوض الى زوجته أمر طلاقها فله في الحالين حق ايقاع الطلاق على زوجته .

وهذا بخلاف التمليك . فلو تم نقل الملكية من شخص لآخر فلا يملك من انتقلت منه الملكية حق التصرف فيها .

٢ ـ أن التفويض لشبهه بالتعليق ، لا يحتاج الى قبول المفوض اليه . أما في التمليك فلا بد من الايجاب والقبول ، فاذا فوض الزوج زوجته طلاق نفسها فسكتت فلا يملك حق الرجوع في تفويضه ولو لم تقل قبلت .

أما في التمليك ، فلو قال البائع للمشتري بعتك وسكت المشتري فلا ينعقد البيع الا بقوله اشتريت .

* * *

٤ ـ آثار التفويض :

اذا فوض الزوج طلاق زوجته الى الغير ، سواء أكان هذا الغير هو الزوجة ام كان اجنبياً فان المفوض اليه يملك حق الطلاق بموجب ذلك .

فاذا ما طلقت الزوجة أو من فوض اليه الطلاق ، وكان بلفظ صريح وقع الطلاق رجعيا . أما اذا كان بلفظ الكناية فيقع الطلاق بائنا مع النية لان الطلاق بالكناية يقع بائنا لو طلق به الزوج .

ويلاحظ أن الطلاق بالتفويض بلفظ صريح وان كان رجعيا ، إلا أنه يكون بائنا اذا كان قبل الدخول او كان مكملا للطلقات الثلاث .

وليس للزوجة ان تطلق نفسها أكثر من واحدة إلا اذا كانت صيغة التفويض تقتضي التكرار ، كما لو قال لها أمرك بيدك كلما شئت فلها ان تطلق نفسها حينئذ في كل مجلس

تطليقة واحدة [1] .

يقول الشيخ زيد الابياني [2] ... اذا اتفق الزوجان في عقد الزواج او بعده على أن الزوجة لها أن توقع الطلاق على نفسها في أي وقت شاءت او عندما يحصل الأمر الفلاني صحّ ذلك . ولها ان تطلق نفسها حسب التمليك . والأحسن في هذا الزمان ان تحفظ الزوجة لنفسها الحق في ايقاع الطلاق عندما يحصل من الزوج شيء تكرهه كالتزوج عليها ، او غيابه عنها مدة معلومة او عدم الانفاق عليها .

كذلك بأن يقول الزوج لزوجته ان تزوجت عليك فلك الحق في أن تطلقي نفسك فيثبت لها هذا الحق متى تزوج عليها .

المالكية :

الانابة في الطلاق عند المالكية ثلاثة أنواع : توكيل وتمليك وتخيير .

فالتوكيل : هو انابة الزوج الغير في طلاق زوجته سواء أكان ذلك الغير هو الزوجة ام غيرها .

والوكيل يعبر عن ارادة موكله فيما يفعل . وللموكل عزل الوكيل الا إذا كانت الزوجة وتعلق حق لها في هذا التوكيل فلا يملك الزوج عزلها .

قال الدردير [3] : « للزوج حق عزل زوجته إذا وكلها امر طلاق نفسها الا لتعلق حق لها زائد على التوكيل كقوله لها : « ان تزوجت عليك فأمرك أو أمر الداخلة بيدك توكيلا فليس له حينئذ عزلها » .

والتمليك : هو كل لفظ دل على جعل الطلاق بيد الزوجة او بيد غيرها .

---

(١) البدائع ١١٧/٣ .

(٢) شرح الاحكام الشرعية ٢٩٥/١ .

(٣) الشرح الكبير للدردير ٤٧٢/٢ .

والتخيير : ان يقول لزوجته : اختاري نفسك او طلقي نفسك .

وفي كل من التمليك والتخيير لا يملك الزوج عزل من فوض اليه امر الطلاق لان هذا الحق أصبح مملوكا له مع احتفاظ الزوج بحقه في الطلاق كاملا .

قال الحطاب [1] : « والفرق بين التوكيل وغيره : ان الوكيل يفعل ذلك على سبيل النيابة عمن وكله والمملك والمخير انما يفعلان ذلك عن نفسهما لأنهما ملكا ما كان يملكه الزوج » .

والفرق بين التخيير والتمليك ، هو في عدد الطلقات التي يملكها ، من فوض اليه ذلك ، ففي التمليك لا يصح لمن ملك الطلاق ان يطلق أكثر من واحدة ، إلا إذا فوض بذلك صراحة ، وأما في التخيير فيجوز للزوجة ان تطلق نفسها ، أكثر من واحدة ، إلا إذا حدد لها زوجها صراحة أقل من ذلك .

قال الخرشي [2] : « ان الزوج اذا فوض الطلاق لزوجته على سبيل التخيير قبل الدخول بها فأوقعت أكثر من طلقة فان له ان يناكرها [3] فيما زاد عليها بأن يقول لها ما أرادت الا طلقة واحدة وأما بعد البناء فليس له مناكرتها ، ولا نكرة له ان دخل في تخيير مطلق . وأما المملكة فله ان يناكرها قبل الدخول او بعده اذا زادت على طلقة » .

وقال المالكية : اذا خير الزوج زوجته او ملكها تطليق نفسها وجب ان يحال بينهما حتى تجيب بما يدل على المفارقة او البقاء .

قال الخرشي [4] : « اذا قال لزوجته امرك بيدك الى سنة وقفت متى علم ذلك ولا

---

(١) مواهب الجليل ٩١/٤

(٢) شرح الخرشي ٢١٢/٣ .

(٣) المناكرة كما عرفها الدسوقي في حاشيته ص ٤٧٧/٢ هي عدم رضا الزوج بالزائد الذي أوقعته .

(٤) فرق الزواج ص ٧١ .

تترك تحته وأمرها بيدها حتى توقف فتقضي برد او طلاق الا ان يطأها وهي طائعة فيزول ما بيدها » .

واذا قال لها : اختاري اليوم كله فمضى اليوم ولم تختر فلا خيار لها ويبطل ما بيدها.

ما يسقط به الخيار :

١ ـ ان ترد الزوجة الطلاق .

٢ ـ ان تمكنه من نفسها .

٣ ـ ان يمضي الوقت المحدد ان حدد لها وقتا معينا .

٤ ـ ان يعلم الحاكم فيلزمها بالخيار أو الرد ، فان لم تفعل اسقط حقها .

٥ ـ وأما قيامها من المجلس ففيه خلاف .

قال الحطاب [١] : ورجع مالك الى بقاء التخيير والتمليك بيد الزوجة في التخيير والتمليك العاري عن التقييد بالزمان او بالمكان او بما يدل على الاطلاق .

رأي في تفويض الغير عند المالكية :

ذهب أصبغ من المالكية الى أن الزوج لا يجوز له أن يفوض أمر امرأته الى غيرها ، فان فعل ذلك رجع الأمر اليها في تطليق نفسها لأنه في ذلك يعد نائباً عنها فإما قضت وإما ردت [٢] .

الشافعية :

قال الشافعية : للزوج ان يفوض امر الطلاق الى زوجته كما أن له أن يوكل ذلك الى الغير بطلاقها وتعتبر انابة الزوجة تمليكا للطلاق على الاصح . وفي قول انها توكيل .

---

(١) شرح الخرشي ٢١١/٣ .

(٢) مواهب الجليل ٩٦/٤ .

قال في فتح الباري [1] واختلفوا في التخيير هل هو بمعنى التمليك ، او بمعنى التوكيل وللشافعي فيه قولان : المصحح عند أصحابه أنه تمليك .

١) **التفويض** : يعتبر تفويض الزوجة طلاق نفسها تمليكا عند الشافعية من أكثر الوجوه ، فللزوجة ان تطلق نفسها في مجلس التفويض ، الا إذا كانت صيغة التفويض محددة بزمن أطول .

جاء في المهذب [2] : واذا فوض الطلاق اليها فالمنصوص أن لها ان تطلق ما لم يتفرقا عن المجلس او يحدث ما يقطع ذلك .

وقال ابو اسحاق : لا تطلق الا على الفور ، لانه تمليك يفتقر الى القبول فكان القبول فيه على الفور ، واشترط الشافعية ان يكون الزوج مكلفاً والزوجة مكلفة أيضاً فلايصح تفويض الصغيرة بطلاق نفسها .

جاء في نهاية المحتاج [3] : ولايصح من غير مكلف ولا يقع على غير مكلف .

والالفاظ التي يصح بها التمليك قد تكون صريحة كقوله لها طلقي نفسك او كناية كقوله ابيني نفسك ، فهذه لا يصح بها التفويض إلا مع النية .

جاء في مغنى المحتاج [4] : الكناية لا يقع بها التفويض ولا الطلاق إلا بالنية من أحدهما او كليهما . أما ان لم ينو الزوج فلا تفويض وان لم تنو هي فلا تطليق » .

وبما أن التفويض تمليك فلا يصح تعليقه ، فاذا قال لها اذا جاء فلان فطلقي نفسك فلا يصح التمليك ويجوز في التمليك .

---

(١) مغنى المحتاج ٢٨٦/٣ .

(٢) فتح الباري ٣٠٢/٩

(٣) المهذب ٨٥/٢ .

(٤) نهاية المحتاج ٧٩/٦ .

جاء في نهاية المحتاج [1] : « ولو علق التفويض كأن قال لها اذا جاء رمضان فطلقي نفسك : فعلى القول بأنه تمليك لا يصح لأن التمليك لا يصح تعليقه .

قال في الروضة : وجاز على قول التوكيل كما في توكيل الاجنبي .

وعلى القول الثاني ــ كما جاء في المذهب القديم ان تفويض الغير توكيل سواء للزوجة أم لغيرها ، لا يتقيد إطلاقاً بمجلسها ، بل لها أن تطلق متى تشاء ، ولا يشترط فيه القبول في المجلس بل يشترط عدم الرد » .

٢) التوكيل : اذا وكل الزوج غيره في طلاق زوجته فلا يتقيد الوكيل بمجلس الوكالة بل له أن يطلق متى أراد الا اذا كانت الوكالة مقيدة كما لو قال له طلق زوجتي خلال اسبوع مثلا .

جاء في المهذب [2] : « وإن قال لوكيله طلق امرأتي جاز أن يطلق متى شاء لأنه توكيل مطلق ، فلم يقتض التصرف على الفور . »

وفي جميع الحالات سواء أكان تفويض الغير تمليكا أم توكيلاً وسواء أكان ذلك للزوجة ام لغيرها فللزوج ان يطلق متى أراد وله أن يرجع عن تفويضه ما لم يطلق من فوض اليه ذلك .

جاء في مغني المحتاج [3] : وله الرجوع عن التفويض سواء في التمليك او التوكيل وذلك قبل تطليقها .

الحنابلة :

النيابة في الطلاق لدى الحنابلة توكيل ، سواء أكانت بلفظ يدل على التمليك ، كقول الزوج لزوجته طلقي نفسك أو أمرك بيدك ، او بلفظ التخيير وسواء أكان ذلك التفويض للزوجة أم لغيرها .

---

(١) نهاية المحتاج ٦/٨٠ .
(٢) المهذب ٢/٨٥ .
(٣) مغنى المحتاج ٣/٢٨٦ .

جاء في كشاف القناع [1] : « من صح طلاقه صح توكيله فيه لأن من صح تصرفه في شيء لنفسه مما تجوز الوكالة فيه صح توكيله وتوكله فيه .

فان وكل الزوج المرأة الطلاق صح توكيلها وطلاقها لنفسها . لانه يصح توكيلها في طلاق غيرها فكذا في طلاق نفسها .

وبما أن هذا التفويض بجميع صوره توكيل لذلك جاز فيه الرجوع . ورجوع الزوج عن تفويضه قد يكون صريحاً بالقول او دلالة بالفعل كان يطأ زوجته مثلا .

والزوجة تملك الرد ايضاً ، كما لو اختارت زوجها أوردت الخيار او الأمر . فلا يقع طلاق حينئذ ولو طلقت نفسها بعدئذ .

جاء في المغنى [2] : « وان خيرها فاختارت زوجها اوردت الخيار او الأمر لم يقع شيء » .

ويصح تفويض الزوجة الصغيرة بالطلاق على الاصح بناء على أن طلاق الصبي المميز صحيح كما ذكرنا في موضعه .

وفي المغني أيضاً [3] : « وظاهر كلام أحمد انها اذا عقلت الطلاق وقع طلاقها وان لم تبلغ ، ويجوز للوكيل ان يطلق في أي وقت يشاء » .

جاء في كشاف القناع [4] وللوكيل ان يطلق متى شاء لأن لفظ التوكيل يقتضي ذلك .

وأما ما يقع به طلاق الزوجة من عدد الطلقات فيختلف حسب التفويض هل هو تخيير او توكيل ؟ .

---

(١) كشاف القناع ١٨٩/٥ .
(٢) المغنى ٢٩٨/٨
(٣) المغنى ٢٩٣/٨ .
(٤) كشاف القناع ١٨٩/٥

فان كان بلفظ التخيير كما لو قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي فلا يقع الا واحدة رجعية إلا إذا فوضها بأكثر من ذلك .

وأما إذا قال لها أمرك بيدك فلها أن تطلق نفسها ثلاثاً وان نوى واحدة .

وأما في التوكيل فإن نوى واحدة او نوى أكثر فعلى ما نواه يقع الطلاق وإن لم ينو وقعت طلقة واحدة .

جاء في الانصاف [1] . وان قال لها اختاري نفسك لم يكن لها أن تطلق أكثر من واحدة إلا أن يجعل اليها ذلك .

وإن قال لامرأته امرك بيدك فلها ان تطلق نفسها ثلاثاً وإن نوى واحدة .

وان قال لها طلقي نفسك صح ذلك كتوكيل الأجنبي فيه بلا نزاع ، فان نوى عدداً فهو على ما نوى وإن أطلق من غير نية لم تملك الا واحدة .

الزيدية :

إنابة الغير في الطلاق عند الزيدية نوعان ، تمليك وتوكيل .

١) **فالتمليك** : هو ان ينيب الزوج شخصاً آخر سواء أكان أجنبياً أم كان هو الزوجة بأمر الطلاق حسب مشيئته وإرادته كقوله : طلق زوجتي ان شئت او طلقي نفسك متى شئت .

والتمليك يكون بلفظ صريح او بلفظ كناية . فمن ألفاظ الصريح : لفظ الطلاق وما اشتق منه . ومن الفاظ الكناية : امرك بيدك ، امرك اليك ، اختاري نفسك .

والفرق بين الصريح والكناية ان الاول لا يحتاج إلى نية بينما الثاني لا يصح الا مع نية الطلاق [2] .

والصيغة قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة بزمن معين ، او عامة تتعلق بمشيئة من أناب اليه الزوج امر الطلاق . فان قال لها طلقي نفسك خلال شهر ، تقيد التمليك بشهر

---

(١) الانصاف ٨/٤٤٦-٤٩١-٤٩٢

(٢) البحر الزخار ٣/١٦٢ .

واحد . اما لو قال لها طلقي نفسك فلا يجوز التطليق الا في مجلس التمليك، بحيث لو طلقت نفسها بعد ذلك فلا يقع الطلاق . ولو قال لها طلقي نفسك متى شئت فهذا عام غير مقيد تملك فيه الزوجة طلاق نفسها في اي وقت شاءت .[1]

ولا تملك الزوجة طلاق نفسها أكثر من واحدة الا اذا تضمنت الصيغة معنى التكرار كقوله لها : طلقي نفسك كلما شئت ففي هذه الحالة تملك الزوجة طلاق نفسها اكثر من مرة اذا تخلل ذلك مراجعة الزوج لها .

ولا يجوز للزوج الرجوع بعد التمليك ، إلا ان يطلق لان التمليك له شبه بالتعليق فلا يصح الرجوع فيه كما انه يختلف عن التمليك بأن حقه لا يزول به بـــل للزوج ان يطلق ايضاً .

جاء في التاج المذهب [2] : « واذا ملك الزوج غيره طلاق زوجته ، فانه لا رجوع له بالقول ولو قبل القبول ، كما لا يصح رجوعه عن الطلاق . وان صح الرجوع في تمليك المال . لان الطلاق اسقاط . والاسقاط لا يصح الرجوع فيه بخلاف تمليك المال فانه اثبات وليس باسقاط فالرجوع فيه صحيح » .

التوكيل : واذا اناب الزوج شخصاً اجنبياً غير زوجته بالطلاق دون ان يترك له حرية التطليق حسب مشيئته كان هذا توكيلاً لا تمليكا فطلاق الوكيل تعبير عن ارادة الموكل لهذا اشترط الزيدية في التوكيل ان لا تكون صيغته معلقة على مشيئة الوكيل والا كان تمليكا .

في التاج المذهب [3] : ومن صريح التوكيل : ان يأمر بالطلاق لا ان يقول ان شئت ونحوه او متى شئت لان ما تعلق بمشيئة الوكيل فهو تمليك لا توكيل ولو كان بلفظ التوكيل كوكلتك على طلاقها ان شئت .

---

(١) المنتزع المختار ٢/٤١٥ .
(٢) التاج المذهب ٢/١٦٩ .
(٣) المصدر السابق ٢/١٧٠

والتوكيل كالتمليك يكون بلفظ صريح او لفظ كناية .

والتوكيل بخلاف التمليك لا يتقيد بالمجلس الذي تم فيه التوكيل بل له ان يطلق متى شاء واراد .

كما يصح التوقيت في التوكيل كما لو قال له وكلتك ان تطلق زوجتي في هذا الشهر فان اوقع الطلاق في المدة الموقتة والا بطل التوكيل .

ولا بد في الطلاق بالوكالة من اضافة الطلاق إلى الموكل بخلاف المملك حيث يضيفه إلى نفسه .

ومن هذا نجد ان أهم الفروق بين التمليك والتوكيل في المذهب الزيدي تبدو في النقطة التالية .

١) في التمليك لا يملك الزوج الرجوع عما ملكه . أما في التوكيل فللزوج ان يعزل الموكل في اي وقت .

٢) في التمليك يصح للمملك ان يوكل غيره فيما ملكه اياه الزوج فيطلق وكيل المملك حسب ارادة المملك . اما الوكيل فلا يملك توكيل غيره .

٣) في التمليك يضيف المملك الطلاق إلى نفسه . اما الوكيل فلا يجوز له ذلك لانه لا يعبر عن ارادته انما يعبر عن ارادة الزوج بالتطليق فلا بد من اضافة اللفظ إلى الموكل .

٤) في التمليك غير المقيد بزمن يجب على من ملك الطلاق ان يطلق وهو في المجلس اما في التوكيل فللوكيل ان يطلق متى اراد دون التقيد بمجلس الوكالة .

الجعفرية :

التوكيل : يجوز للزوج الغائب لدى الجعفرية ان يوكل غيره في طلاق زوجته . اما اذا كان حاضراً ففيه خلاف والمعتمد عندهم انه يجوز التوكيل سواء أكان الزوج حاضراً ام غائباً .

جاء في مختلف الشيعة [1] قال الشيخ في النهاية : اذا وكل الرجل غيره بأن يطلق عنه لم يقع طلاقه اذا كان حاضراً في البلد فان كان غائباً جاز توكيله في الطلاق وتبعه ابن حمزة وابن البراج .

واطلق ابن الجنيد فقال : ولا بأس بتوكيل غيره في طلاق زوجته .

وقال ابن ادريس : يقع الطلاق سواء أكان الزوج حاضراً او غائباً ، وهو المعتمد .

التفويض : اما تفويض الطلاق إلى الزوجة ، فقد ذهب جمهور الامامية إلى انه لا يجوز ذلك ، لان الطلاق حق خاص للزوج ، وما فعله النبي صلى الله عليه وسلم من تخيير زوجاته كان أمراً خاصاً به وليس تشريعاً عاماً لجميع المسلمين .

وقال فريق منهم : يجوز للزوج ان يفوض زوجته امر طلاقها .

جاء في الروضة البهية [2] : « ويجوز توكيل الزوجة في طلاق نفسها وغيرها . كما يجوز توليها غيره من العقود لانها كاملة فلا وجه لسلب عبارتها فيه ، ولا يقدح كونها بمنزلة موجبة وقابلة على تقدير طلاق نفسها ، لان المغايرة الاعتبارية كافية وهو مما يقبل النيابة فلا خصوصية للغائب . وقوله صلى الله عليه وسلم « الطلاق بيد من اخذ بالساق » لا ينافيه لان يدها مستفادة من يده مع ان دلالته على الحصر ضعيفة . »

وجاء في جواهر الكلام [3] — عن ابي جعفر : سئل عن رجل خير امرأة فقال : انما الخيار لهما ما داما في مجلسهما فاذا تفرقا فلا خيار لهما .

وقال ابن الجنيد تقع الفرقة بينهما . وقيل لاحكم له اصلاً ، وعليه الاكثر بل لم يحك الخلاف في ذلك الامن ابن ابي عقيل وابن الجنيد .

وعن عيسى بن القاسم عن ابي عبد الله : سألته عن رجل خير امرأة فاختارت نفسها بانت منه ؟ ... قال : لا انما هذا شيء كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة . امر بذلك ففعل ولو اخترن انفسهن لطلقهن .

---

(١) مختلف الشيعة ص ٣١ .

(٢) الروضة البهية ١٤٨/٢

(٣) جواهر الكلام ٢٨٥/٥ .

واستدل جمهور الامامية على رأيهم بعدم جواز تفويض الزوجة طلاق نفسها بأن جميع النصوص الواردة في التطليق انما جاءت مخاطبة للازواج وسياقها يدل على ان شرع الطلاق اليهم لا إلى غيرهم .

وينتقد استاذنا الشيخ الخفيف ما ذهب اليه هؤلاء فيقول :[1]

غير انه يلاحظ ان هذا الاستدلال يقتضي عدم جواز التوكيل فيه مطلقاً للزوجة ولغيرها ، كما هو مذهب ابن حزم فكان دليلهم ليس على وفق مدعاهم . ثم ان ما استندوا اليه من النصوص لم يسق لبيان الانابة في التطليق وانما سيق لبيان شرعة التطليق . اما الانابة فيه فيجب ان يرجع فيها إلى اداتها التي سوغت الانابة في التصرفات على وجه العموم .

والذي اراه ان مذهب جمهور الامامية في عدم جواز تفويض الطلاق إلى الزوجة ينسجم مع الرأي القائل بعدم جواز توكيل الحاضر امر طلاق زوجته لغيره بخلاف الغائب عن زوجته فتوكيله الغير في الطلاق صحيح .

الظاهرية :

قال الظاهرية : « لا يجوز التوكيل في الطلاق ولا التفويض فيه لأن الله شرع الطلاق للازواج ، فلا يجوز لأحد ان يعمل نيابة عن احد إلا بما جاء به الشرع ، ولم يأت في القرآن ولا في السنة جواز انابة الغير في الطلاق .

قال ابن حزم في المحلى[2] : لا تجوز الوكالة في الطلاق لان الله عز وجل يقول : « ولا تكسب كل نفس الا عليها » . فلا يجوز عمل احد الا حيث اجاز القرآن والسنة الثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . ولا يجوز كلام احد عن كلام غيره الا حيث اجاز القرآن او سنة عن رسول الله ولم يأت في طلاق أحد عن أحد بتوكيله اياه قرآن او سنة فهو باطل .

---

(١) فرق الزواج ص ٦٣ .
(٢) المحلى ١٠/١٩٦ .

والمخالفون لنا أصحاب قياس بزعمهم وبالضرورة يدري كل احد ان الطلاق كلام ، والظهار كلام ، واللعان كلام ، والايلاء كلام ولا يختلفون في أنه لا يجوز ان يظاهر احد عن احد ، ولا ان يلاعن احد عن احد ، ولا ان يولي احد عن أحد ، لا بوكالة ولا بغيرها فهلا قاسوا الطلاق على ذلك ؟ ..

وكل مكان ذكر الله تعالى فيه الطلاق فانه خاطب الازواج لا غيرهم فلا يجوز ان ينوب غيرهم عنهم لا بوكالة ولا بغيرها ، لانه يكون تعدياً لحدود الله قال الله تعالى : « ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون » .

وكما لا يجوز للزوج انابة الغير بطلاق زوجته او توكيله فكذلك لا يجوز للزوج ان ينيب زوجته او ان يجعل امرها بيدها فتطلق نفسها سواء أكان ذلك بلفظ صريح ام بلفظ كناية لان الطلاق بيد الازواج .

يقول ابن حزم [1] : « ومن جعل إلى امرأته ان تطلق نفسها لم يلزمه ذلك ولا تكون طالقاً طلقت نفسها او لم تطلق . »

ويقول أيضاً [2] : « ومن خير امرأته فا ختارت نفسها او اختارت الطلاق او اختارت زوجها ، او لم تختر شيئاً فكل ذلك لا شيء . وكل ذلك سواء ولا تطلق ولا تحرم عليه .. وكذلك ان ملكها امر نفسها او جعل امرها بيدها ولا فرق . »



---

(١) المحلى ٢١٦/١٠ .
(٢) المصدر السابق ١١٧/١٠ .

رأينا في التوكيل والتفويض :

قلنا ان مذهب الجمهور على جواز التوكيل في الطلاق وخالف في ذلك الظاهرية حيث انهم قاسوا الطلاق على الايلاء واللعان وقالوا انه لم يرد في القرآن ولا في السنة توكيل ولا تفويض في الطلاق .

والحق ان قياس الطلاق على الايلاء واللعان قياس مع الفارق ، لان الايلاء واللعان ايمان . ولا تجوز النيابة في الايمان بدون خلاف إذ لا يصح ان يقسم انسان بالنيابة عن آخر [1] .

واما أنه لم يرد في القرآن طلاق احد نيابة عن أحد فيكفي ان لا يكون في الامر مخالفة لما جاء في القرآن والسنة ليكون صحيحاً [2] .

ولهذا فإني أرى ان فيما ذهب اليه الظاهرية ، تضييق على الناس في أمر الطلاق بدون ضرورة . فكم من حاجة تدعو المصلحة فيها إلى جواز التوكيل في الطلاق ، كما لو كان الزوج غائباً ولا يستطيع حضور مجلس التحكيم أو التطليق ، فقد يكون فيه بعض الامور المعلقة التي يرجى زوالها في مجلس معين فيوكل الزوج لاخر بالطلاق ان لم تحل تلك المشاكل مثلاً .

وأما في التفويض :

فاني اميل إلى وجوب التفرقة بين تفويض الغير وتفويض الزوجة .
فتفويض اجنبي بالطلاق امر لا أجد له مبرراً طالما ان الزوج يملك الطلاق بالكتابة والرسالة والاشارة والتوكيل ، فأي معنى لجعل الحياة الزوجية تتصدع وفق مشيئة من فوض اليه الطلاق فتصبح مهددة في كل لحظة بالزوال .

---

(١) فرق الزواج ص ٦٢ .
(٢) الاحوال الشخصية ص ٢٩٣ للدكتور محمد يوسف موسى .

اما الوكيل فقد تستوجب بعض الظروف توكيله وهو في كل حال يعبر عن ارادة ومشيئة الزوج في حدود مارسمه له .

اما المفوض اليه الذي يتصرف كما يشاء وفي الوقت الذي يريد فيفرق بين الزوجين فهذا أمر أراه بعيداً عن حكمة تشريع الطلاق .

وفي تفويض امر الطلاق إلى الزوجة لا شك مصلحة ظاهرة واضحة كما ان في هذا اعطاء الحرية للزوجة التي يهمها الأمر فلا تقدم الا بعد تفكير كما يقدم الرجل .

وأمر آخر يدعو اليه استبعاد تطليق الغير هو ان الطلاق لا يقع حسب ما رجحناه في بحثنا (وسوف نذكره في الفصل الرابع) اذا كانت الزوجة في طهر لم يمسها فيه فمن أين يعلم من فوض اليه الطلاق بهذا الأمر ؟ .

* * *

كما يبدو لي انه لا مجال للتفرقة في التفويض بين صيغة مطلقة ، وصيغة مقيدة بزمن معين ، فالزوج اذا فوض لزوجته امر طلاقها اثناء انشاء عقد الزواج ، فلا شك ان العرف يقضي والمعقول ان لا تطلق نفسها وهي في مجلس العقد ، وان كانت الصيغة غير مقيدة بزمن . وهذا ما ذهبت اليه محكمة طنطا الذي سبق ان اشرنا إلى حكمها وما دار حوله من مناقشات بعض الفقهاء .

كما انه لم يعد لتكرار الطلاق بالاختيار او التمليك اثر في القانون بعد ان الغى تعداد الطلقات في معظم التشريعات العربية . فلا تملك الزوجة أكثر مما يملكه الرجل ويكون رجعياً في كل حالة لم ينص القانون على انها بائن . سواء أكان بلفظ صريح ام بلفظ كناية فالطلاق رجعي على ما ذهب اليه الشافعية .

جاء في القانون السوري :

م ٨٨ : للزوج ان يوكل غيره بالتطليق وان يفوض المرأة بتطليق نفسها .

على اننا نلاحظ فيما عدا الحالات الخاصة التي حددها القانون بجعل الطلاق بائناً لا رجعة فيه ، أن الطلاق رجعي فللزوج مراجعة زوجته ما دامت في العدة .

وقد جاء في قرار لمحكمة النقض السورية [1] ان طلاق النفس تفويض يقع به طلاق رجعي .

ولنتساءل الان اذا اعتبر القانون طلاق الزوجة المفوض اليها امر طلاق نفسها طلاقاً رجعياً فطلقت نفسها . فراجعها زوجها . فما الفائدة من هذا الطلاق سوى انقاص عدد الطلقات ؟ .

ان الزوجة لم تشترط الطلاق او لم تطلب ان تكون عصمتها بيدها ، تطلق نفسها متى تريد الا لامر واحد لا شك فيه وهو ان تملك البينونة عن زوجها فتفارقه .

فاذا طلقت الزوجة نفسها ثم جاء الزوج فراجعها فاية فائدة من هذا التفويض ؟ .

وبما ان القانون صريح بما جاء فيه ان الطلاق البائن لا يكون الا في حالات نص عليها حصراً . كما انه صريح في عدم جواز تعداد الطلقات حتى تطلق الزوجة نفسها أكثر من طلقة .

لهذا فاني اقترح تعديل نص القانون بجعل طلاق الزوجة نفسها طلاقاً بائناً لا رجعة فيه تحقيقاً للفائدة المرجوة من هذا التفويض .

ومصدرنا في هذا هو مذهب علي بن أبي طالب وزيد بن ثابت كما سبق وذكرنا مذهبهما

* * *

وإلى هذا ذهب القانون المغربي في الفصل ٦٧ حيث نص : « كل طلاق اوقعه الزوج فهو رجعي ، إلا المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول ، والخلع ، والمملك . ولم يتعرض التشريع السوداني والمصري لطلاق التفويض فبقي العمل فيه بموجب الراجح من المذهب الحنفي .

وقد اتجهت بعض الاجتهادات القضائية في هذا الموضوع اتجاهاً آخر جاء في حكم لمحكمة مصر الجزئية الشرعية في ١٩٣٧/١٢/٢ : من تشترط في عقد زواجها ان يكون امرها بيدها تطلق نفسها متى شاءت يكون قصدها بالضرورة ان تملك نفسها عند اختيارها

---

(١) محكمة النقض السورية ١٩٥٥/٢/٦

وهي لا تملك نفسها إلا بالبائن على حكم القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فاذا قبل منها الزوج ذلك كان مفوضا اليها امرها تفويضا تملك به نفسها بحكم القانون المذكور اقتضاء ومن حكم هذا القانون اذا كانت الزوجة مدخولا بها تملك نفسها بالثلاث المتفرقات ، فتملكها عند هذا التفويض بدلالة المقابلة اذا طلقت نفسها ثلاث متفرقات كان صنيعها مطابقاً للفقه والقانون ، وبه تبين بينونة كبرى فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره .

وفي حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية الشرعية ١٩٥٢/٩/٢٩ تفويض الزوج لزوجته بتطليق نفسها منه يقع الطلاق بصدوره منها رجعياً ، فقهاً وقانوناً ، ويعتبر بـــائناً بتكرا ره . والمفوض اليها الطلاق متى شاءت وكلما شاءت لها تكرار الطلاق وتفويض ثلاث مرات في مجلس واحد على الراجح من مذهب ابي حنيفة .

الجديد في هذين الحكمين انهما يبنيان التفويض على اساس مخالف للقانون في رأينا اذ أنهم يعطون الزوجة أكثر مما أعطى القانون للزوج على اساس هذا التمليك ، فتطليق الزوجة نفسها منبثق عن الزوج فلا يجوز ان تملك أكثر مما يملك الزوج اللهم إلا اذا اعتبرنا الطلاق المتكرر في مجلس واحد يقع ثلاث طلقات لا طلقة واحدة ، اذ أن القانون نص على وقوع الطلاق المقترن بعدد طلقة واحدة وسكت عن الطلاق المتكرر فيرجع لمعرفة حكمه إلى المذهب الحنفي ــ وهذا ما سوف نرجحه في بحثنا للطلاق الثلاث .

الفصل الرابع

المطلقة ــ الزوجة

الركن الرابع في الطلاق هو الزوجة المطلقة .

وأهلية الطلاق بالنسبة للزوجة يجب أن يتوفر فيها شرطان لا تكون بدونهما محلاً للطلاق وهي :

١ــ ان تكون زوجة في نكاح صحيح .

٢ــ وان تكون في طهر لم يمسها الزوج فيه .

ولا خلاف بين الفقهاء حول الشرط الأول انما اختلف الفقهاء في الشرط الثاني .

وسنبحث هذا الفصل في مبحثين :



المبحث الاول

قيام الزوجية الصحيحة

يقع الطلاق على الزوجة اذا كانت الزوجية قائمة حقيقة بين الزوجين في عقد زواج صحيح . أما اذا كانت الرابطة بينهما نتيجة عقد زواج فاسد فلا يقع الطلاق حيث تتم المفارقة بين الزوجين بالتفريق ولا حاجة للطلاق ، لأن الطلاق شرع للزواج الصحيح .

هذا لاخلاف فيه بين الفقهاء في أهلية من يقع عليها الطلاق من الزوجات .

اما الخلاف حول جواز طلاق المعتدة من طلاق رجعي او بائن ، اي من كانت زوجته حكماً كما يعبر الفقهاء هل يقع عليها طلاق مادامت معتدة ام لا يقع ؟ ..

ان المذاهب التي قالت بعدم جواز تعداد الطلقات في المجلس الواحد أو في العدة الواحدة وان الطلاق المقترن بعدد او المتعدد لا يقع إلا طلقة واحد ، قالت ان الطلاق في العدة باطل ولا اثر له . فمن طلق زوجته رجعياً او بائناً بينونة صغرى فليس له ان يتبع الطلاق بطلاق آخر ما دامت معتدة .

ومن ذهب إلى خلاف ذلك وقال للمطلق ان يطلق طلقة او اثنتين او ثلاثاً في المجلس او في العدة قالوا يجوز طلاق المعتدة سواء أكانت العدة من طلاق رجعي او بائن .

ويعلل هؤلاء الفقهاء الطلاق بالعدة بقولهم ان الزوجية لا تزال قائمة في الطلاق الرجعي مادامت الزوجة معتدة . وفي الطلاق البائن بينونة صغرى يوجد أيضاً بعض آثار الزوجية كالنفقة واستقرار الزوجة في بيت الزوجية ، وعدم حلها لزوج آخر قبل مضي العدة .

اما المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى فلا يقع طلاق عليها ولوكانت معتدة لانقطاع الزوجية بينها وبين زوجها .

ويمكن ان نذكر من لا يقع عليها طلاق في العدة على مذهب من اجاز تعدد الطلقات

١ــ المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى .

٢ــ المعتدة من فرقة هي فسخ للعقد ما عدا الفسخ لردة احد الزوجين المسلمين والفسخ لا متناع الزوجة المشركة عـــن الاسلام اذا اسلم زوجهـــا . وذلك وفق ما ذهب اليه الحنفية [١] .

٣ــ المطلقة قبل الدخول لا يلحقها طلاق ثان لأنها تبين بمجرد الطلقة الاولى اذ لا عدة عليها . فلو قال لزوجته قبل الدخول : انت طالق انت طالق انت طالق ، بانت بالطلقة الاولى واعتبرت اجنبية فلا تلحقها الطلقات المتكررة [٢] .

وقد نصت المادة ٢٣٣ من الأحكام الشرعية :

محل الطلاق المرأة المنكوحة والمعتدة من طلاق رجعي او بائن غير ثلاث ، والمعتدة لفرقة هي طلاق كالفرقة بالايلاء والعنة ونحوه ، او الفسخ باباء احد الزوجين الاسلام .

وفي القانون الاردني :

م ٦٧ : محل الطلاق هي المرأة المعقود عليها بنكاح صحيح ، او المعتدة ، والزوجة التي فسخ نكاحها ليست محلاً للطلاق ولو في عدتها .

ويلاحظ في القانون الاردني انه أجاز الطلاق في العدة سواء أكانت عدة رجعية ام بائنة بينونة صغرى رغم انه نص صراحة في المادة ٧٢ على ان الطلاق المقترن بعدد لفظاً او اشارة لا يقع إلا واحدة .

---

(١) أحكام الشريعة الاسلامية للشيخ عمر عبد الله ص ٣٩٥

(٢) الاحوال الشخصية للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٩ .

وهذا ما يؤكد ما قلناه سابقاً من ان الطلاق المتعدد المتكرر سواء أكان في مجلس واحد ام في اطهار مختلفة في العدة الواحدة فانه يقع أكثر من طلقة حسب مفهوم القانون:

وكذلك نص على أن الطلاق لا يتبع الطلاق في العدة ان كانت الفرقة فسخاً للعقد ، على انه لا بد من الرجوع للمذهب الحنفي [1] في حال الفسخ للردة فان الطلاق يقع في العدة كما بينا .

اما القانون السوري فقد نص على جواز الطلاق في العدة الرجعية :

م ٨٦ : محل الطلاق المرأة التي في نكاح صحيح ، او المعتدة من طلاق رجعي ، ولا يصح على غيرها الطلاق ولو معلقاً [2] .

(١) نصت المادة ١٣٠ من القانون الاردني : مالا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب ابي حنيفة .

(٢) كما لو قال رجل لامرأة : إن تزوجتك فانت طالق . قال الحنفية إن الطلاق يقع فور الزواج وقال الشافعي والامام أحمد لا يقع طلاق لأنه صدر في وقت لم يكن المطلق زوجاً فهو لغو .

المبحث الثاني

الطلاق المشروع

الفرع الاول

مشروعية الطلاق في الحيض

الشرط الثاني في أهلية الزوجة للطلاق أن تكون في طهر لم يمسها الزوج فيه ولا في الحيض الذي قبله جماع او طلاق وهو ما سميناه بالطلاق المشروع .

وجرياً على منهجنا في البحث سوف نذكر ما جاء في القرآن والسنة وأقوال الفقهاء في هذا الموضوع ثم نبين أدلة كل فريق ومناقشة كل دليل .

وأخيرا نبدي رأينا فيما ذهب اليه الفقهاء .

المبحث الاول

القرآن الكريم :

اذا تتبعنا آيات الطلاق في القرآن الكريم نجد ان كل آية جاءت لبيان حكم من احكام نظام الطلاق فقوله تعالى : « الطلاق مرتان » بينت عدد الطلقات التي يملكها الزوج .

وقوله : « وبعولتهن أحق بردهن » : جاء فيها أحكام الرجعة وان للزوج ان يراجع زوجته اذا طلقها طلاقا رجعيا ما دامت في العدة .

وقوله : « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن » فيها ان لا عدة للمطلقة قبل الدخول .

فما هي الاية التي بينت لنا كيفية الطلاق ومتى يقع وكيف يكون ذلك ؟ ..

هذه الآية هي قوله تعالى [1] : « يا ايها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة وتلك حدود الله ، ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امراً » .

والخطاب في الآية موجه للنبي عليه السلام وللمؤمنين جميعاً . او انه بمعنى يا أيها النبي بلغ او قل للمؤمنين اذا اردتم طلاق نسائكم فطلقوهن لعدتهن .

وقد اختلف في اسباب نزول هذه الآية [2] . روى قتادة عن أنس قال : طلق رسول الله حفصة فأتت أهلها فأنزل الله : يا أيها النبي ... وقيل له راجعها فانها صوامة قوامة وانها من ازواجك في الجنة .

وقال السدي : نزلت في عبد الله بن عمر [3] . وقيل [4] : فعل اناس مثل فعل ابن عمر منهم عبد الله بن عمرو بن العاص ، وعمرو بن سعيدبن العاص وعتبة بن غزوان فنزلت الاية .

فما هو المراد بقوله تعالى : فطلقوهن لعدتهن ؟ .

سنفسر هذه الاية الكريمة بما ورد عن النبي عليه السلام لان السنة تفصل ما أجمله القرآن [5] وقد قال تعالى : « وانزلنا اليك الكتاب لتبين للناس ما نزل اليهم . »

ثم نذكر اراء المفسرين والصحابة وما فهموه من هذه الآية الكريمة .

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٢٩ .

(٢) تفسير القرطبي ١٨/١٤٨ .

(٣) نيل الاوطار ٦/٢٢٢ .

(٤) التفسير المحيط ٨/٢٨١ .

(٥) راجع مقدمة تفسير القاسمي ص ٢٠٨ حيث ذكر هذه القاعدة : أن السنة تفصل ما أجمله الكتاب وجاء المؤلف بحديث ابن عمر مثلا على ذلك .

السنة الكريمة :

جاء في صحيح البخاري والنسائي . [١] : « عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما انه طلق امرأته [٢] وهي حائض على عهد رسول الله فسأل عمر بن الخطاب رسول الله عن ذلك فقال رسول الله : مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسك بعد وان شاء طلق قبل ان يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء . »

وعن ابن شهاب [٣] قال : اخبرني سالم ان عبد الله بن عمر رضي الله عنهما اخبره انه طلق امرأته وهي حائض فذكر عمر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فتغيظ فيه رسول الله ثم قال ليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر فان بدا له ان يطلقها فليطلقها طاهرة قبل ان يمسها فتلك العدة كما امره الله

وفي رواية [٤] : فانها العدة التي امر الله ان تطلق لها النساء

ما ذهب اليه المفسرون :

قال الطبري [٥] : فطلقوهن لعدتهن : اذا طلقتم نساءكم فطلقوهن لطهرهن الذي يحصينه من عدتهن طاهرا من غير جماع ولا تطلقوهن بحيضهن الذي لا يعتددن به من قروئهن .

---

(١) صحيح البخاري ٢٨٥/٩ والنسائي ١٣٨/٦ ط . مصطفى محمد . صحيح مسلم شرح النووي ٦٠/١٠ ط عبد اللطيف ١٩٢٩-١٩٤٧ .

(٢) اسم زوجه عبد الله بن عمر آمنة بنت غفار كما حكاه جماعة منهم النووي وابن باطش . وفي مسند احمد أن اسمها النوار - نيل الاوطار ٢٢٢/٦ .

(٣) المصدر السابق ٢٢٢/٦ وجاء أيضاً في صحيح البخاري ٥٠٠/٨ ط الاميرية .

(٤) المحلى ١٦٢/١٠ النسائي ١٣٧/٦ .

(٥) تفسير الطبري ٧٦/٢٨ .

وقال البيضاوي [1] : « فطلقوهن لعدتهن ، اي وقتها وهو الطهر فان الهاء في الازمان وما يشبهها للتوقيت . »

وقال الزمخشري [2] : « فطلقوهن لعدتهن ، اي فطلقوهن مستقبلات لعدتهن »

وقال ابو السعود [3] : « فطلقوهن لعدتهن — اي مستقبلات لها . »

وروى الطبري عن ابن عباس : فطلقوهن لعدتهن — في قبل عدتهن .

وعن مجاهد قال : لطهرهن .

وعن معمر عن قتادة : فطلقوهن لعدتهن : قال : اذا طهرت من الحيض في غير جماع ، قلت : كيف ؟ . قال اذا طهرت فطلقها من قبل ان تمسها .

* * *

والعدة هي المدة التي امر الله بها المطلقات ان يمكثن فيها في بيوتهن لمعرفة براءة الرحم .

وقد اختلف العلماء على رأيين هل العدة بالاطهار ام بالحيض وسبب اختلافهم هو ان القرآن الكريم قد نص على ثلاثة اقراء للعدة والقرء في اللغة يحتمل معنيين فمن فسر القرء بالحيض قال ان عدة المطلقة ثلاث حيض كاملة ومن فسر القرء بالطهر قال ان عدتها ثلاثة اطهار [4] .

وعلى هذا فعندنا مذهبان :

١ — ان العدة بالحيض ولا يحتسب جزء الحيض بل لا بد من ثلاث حيض كاملة .

٢ — ان العدة بالاطهار وتبدأ من أول طهر يصادف المطلقة .

فعلى كلا المذهبين فان الطلاق في الحيض ليس هو الوقت الذي تبدأ فيه المرأة

---

(١) تفسير البيضاوي ص ٧٤٢ .

(٢) تفسير الكشاف للزمخشري ٤٠٠/٢ ط العثمانية .

(٣) تفسير ابي السعود على هامش تفسير الرازي ٣٨٦/٨ ط العلمية .

(٤) هذا في عدة المطلقة أما عدة المتوفي عنها زوجها فهي أربعة اشهر وعشرة أيام .

عدتها لأن الله تعالى قال : : « فطلقوهن لعدتهن » أي في وقت تستقبل فيه المرأة عدتها .

وبيان ذلك : أن من قال ان العدة بالحيض ، قال ان جزء الحيض لا يحتسب . ومعنى ذلك أن من طلقت في الحيض فعليها أن تنتظر انتهاء مدة الحيض الذي طلقت فيه ، ثم الطهر الذي يليها ، ثم الحيضة الثانية حيث تبدأ عدتها . وفي هذا من التطويل والاضرار ما لا يخفى . والذين قالوا ان العدة بالاطهار من الواضح أن تكون الطلقة في الحيض لا يحسب الزمن فيها بل لا بد أن تنتظر المطلقة للطهر الذي عليها .

أما لو طلق الزوج كما شرع الله له في الطهر فان الزوجة تستقبل عدتها فور طلاقها على قول من يقول أن العدة بالاطهار وتنتظر إلى الحيضة الاولى التي تلي الطهر على القول الثاني .

والخلاصة :

إن الآية الكريمة « فطلقوهن لعدتهن .. » وما جاء في تفسيرها في السنة النبوية وأقوال الصحابة والتابعين وسائر المفسرين دلت على أن الطلاق يجب أن يكون في الطهر لأنه الوقت الذي تبدأ فيه المطلقة عدتها كما أمر الله تعالى، ومن طلق في الحيض فقد خالف ما شرع الله له لأنه ليس هو الوقت المأذون فيه بالطلاق .

ومما يجدر ذكره هنا أن النفاس يلحق بالحيض لأنه ليس طهراً ولا يحتسب من العدة فتشترط إذن ألا تكون في حيض ولا في نفاس [1] .

واذا نظرنا إلى حديث ابن عمر نجد أن النبي صلى الله عليه وسلم أمره أن يراجع زوجته حتى تطهر ثم إن بدا له أن يطلقها فليطلقها طاهراً من غير جماع .

ونستدل على ثلاثة أمور :

١ـ يجب ان يكون الطلاق في طهر لم يمسها فيه ، لقوله عليه السلام فليطلقها طاهراً من غير جماع .

---

(١) قال ابن حزم في المحلى ١٧٦/١٠ وطلاق النفساء كالطلاق في الحيض وهذا لاخلاف فيه بين الفقهاء راجع الحطاب ٤٠/٤ ومغنى المحتاج ٣٠٨/٣ .

٢– ألا يكون جماع في الحيضة التي تسبق الطهر الذي يطلق فيه لأمره عليه السلام ابن عمر أن يترك زوجته أن تحيض حيضة أخرى ليظهر له إن كانت حاملاً أم لا ، فقد تحمل إن جامعها في الحيضة السابقة على الطلاق فيندم وقد تكون آخر طلقة .

ومن أمر النبي عليه السلام ابن عمر في أن يراجع زوجته حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر بدون أن يمسها نستدل على أن النهي عن الجماع في هذه الفترة كلها لا في الطهر فحسب.

٣– ألا يكون أيضاً طلاق في الحيضة التي تسبق الطهر الذي يطلق فيه ، لأن النبي عليه السلام أمره أن ينتظر حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، فلو كان الطلاق جائزاً في الحيضة التي تسبق الطهر الذي يطلق فيه لأمره بأن يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة التي طلقها فيها . على أن غاية المشرع بهذه المدة ألا يكون في الحيضة التي تسبق الطهر الذي يطلق فيه طلاق أيضاً [1] .

---

(١) ذكر الطحاوي ان للرجل أن يطلق امرأته في الطهر الذي يلي الحيضة التي طلقها فيما بعد مراجعتها وذلك دون أن يمسها .

وجاء في الاصل : ان طلقها في الحيض وجب عليه ان يراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر وعند ذلك فان شاء ان يطلقها فليطلقها .

وجاء الكرخي فقال : ما ذكره الطحاوي هو قول أبي حنيفة وما ذكره الاصل هو قولهما اي قول محمد وابي يوسف . وقال السمرقندي معقباً على قول الكرخي .

وما قال ابو حنيفة هو القياس لانه طهر لم يجامعها فيه – وما ذكر في الاصل لحديث ابن عمر ، مر ابنك فليراجعها ثم يدعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر .

وقال ابن الهمام : ان ما في الاصل قول الكل لانه موضوع لاثبات مذهب ابي حنيفة الا ان يحكى الخلاف ولم يحك خلافا فيه . فلهذا قال في الكافي انه ظاهر الرواية عن ابي حنيفة . وما ذكره الطحاوي رواية عن ابي حنيفة وهو رأي زفر كما جاء في مختصر القدوري . وما ذهب اليه الطحاوي قال بـه الحنابلة فقد جاء في المغنى ٢٤٠/٨ فان طلقها في الطهر الذي يلي الحيضة قبل ان يمسها فهو طلاق منه لقوله تعالى : فطلقوهن لعدتهن وهذا مطلق للعدة فيدخل في الامر . وروي عن ابن عمر ان رسول الله امره ان يراجعها حتى تطهر ثم ان شاء طلق وان شاء امسك ولم يذكر .

وفي أكثر الروايات جاءت الزيادة والزيادة من الثقة مقبولة وخاصة وقد جاءت في الكتب الصحيحة وهي في موضوع واحد . قال ابن حزم ١٦١/١٠ وزيادة العدل لايحل ترك الاخذ بها وهو خبر واحد عن قصة واحدة في مقام واحد .

المبسوط ١١/٦ فتح القدير ٣٤/٣ الجوهرة ٣٢/٢ ابن عابدين ٤٣١/٢ تحفة الفقهاء ٢٥٥/٢ مجمع الانهر ٣٨٣/١ . العناية على الهداية ٣٤/٣ .

هذه هي أحكام الطلاق المشروع كما جاء بها القرآن الكريم ، وفسرتها السنة النبوية حيث بين لنا الشارع ان الطلاق يجب أن يكون في وقت تستقبل فيه المرأة عدتها .

وقد خرج بذلك من لا عدة لها من النساء ، كغير المدخول بها فهذه يجوز طلاقها في أي وقت . وكذلك من لا يحضن من النساء كالصغيرة والآيسة ، فان عدتهن تبدأ إثر طلاقهن مباشرة بدون فاصل زمني لأنهن في طهر دائم .

وأما الحامل [1] : فلم يشملها النهي أيضاً لأن عدتها تنتهي بوضع حملها ، فأي وقت بالنسبة اليها لا يؤثر على عدتها لأنها محدودة بزمن لا دخل للطلاق فيه .

وسنذكر بايجاز مذاهب الفقهاء في ذلك .

---

(١) روى ابن حزم في المحلى ١٠/١٦٢ احدى روايات ابن عمر قوله عليه السلام : ليطلقها طاهراً أو حاملا .

ثانيا : الطلاق السني والبدعي لدى الفقهاء

قال ابن كثير في تفسيره :

من آية « فطلقوهن لعدتهن » أخذ الفقهاء أحكام طلاق السنة وطلاق البدعة [١] .

وعلى هذا سنذكر ما اصطلح الفقهاء على تسميته بالطلاق السني والبدعي [٢] .

ثم نبين أحكام طلاق الحامل ومن لا يحضن من النساء ، والمطلقات قبل الدخول .

قال ابن العربي [٣] طلاق السنة ما جمع سبعة شروط :

١) ان يطلقها واحدة .

---

(١) قال ابن عابدين فيما سماه الفقهاء طلاق السنة ٤٢٩/٢ : ومعنى المسنون هنا ما ثبت على وجه لايستوجب عتاباً لانه المستعقب للثواب لان الطلاق ليس عبادة في نفسه ليثبت له الثواب . فالمراد هنا المباح ، نعم لو وقعت له داعية ان يطلقها بدعيا فمنع نفسه إلى وقت السنى يثاب على كف نفسه على المعصية ، لا على نفس الطلاق ، ككف نفسه عن الزنا مثلا بعد تهيء اسبابه ووجود دواعيه فانه يثاب لا على عدم الزنا . راجع الفتح القدير ، والبحر الرائق بحث الطلاق .

(٢) ان المصطلحات التي نجدها اليوم في كتب الفقه والاصول من سنة ومندوب ومكروه طرأت على التشريع الاسلامي بعد عصر النزول بزمن لافي عصر النزول ففي عصر النبوة لم يكن هناك شيء يقال له سني وغير سني بل ما وافق كتاب الله وسنة رسوله فهو مشروع وما خالفهما فهو غير مشروع. وما جاء من لفظ السنه كان يراد به المشروع الا انه يسن فعله فهذه وغيرها جاءت حينما قعد الاصوليون القواعد واستنبط الفقهاء الفروع . قال عليه السلام : عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي وسئل سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته ايفرق بينهما ؟ ... قال نعم . قال سنة قال سعيد سنة . فجواب التابعي الجليل بلفظ السنه يفيد المشروع . لان التفريق للاعسار ليس سنة فحسب بل هو مشروع . وبقول سعيد هذا استدلت المذاهب التي اخذت بمبدأ التفريق للاعسار .

(٣) احكام القرآن : ١٧١٣/٤ .

٢) وهي ممن تحيض .

٣) طاهراً .

٤) لم يمسها في ذلك الطهر . .

٥) ولا تقدمه طلاق في حيض .

٦) ولا تبعه طلاق يتلوه .

٧) وخلا عن العوض [١] .

(وقال القرطبي [٢] وحصل الاجماع على أن الطلاق في الحيض ممنوع وفي الطهر مأذون فيه) .

وقال ابن قدامه [٣] : واما المحظور : فالطلاق في الحيض اوفي طهر جامعها فيه . وأجمع العلماء في جميع الامصار وكل الاعصار على تحريمه ويسمى طلاق البدعة لأن المطلق خالف السنة وترك امر الله تعالى ورسوله .

وقال ابن ادريس في السرائر [٤] ــ والمحظور : طلاق الحائض بعد الدخول او في طهر قد قربها فيه قبل ان يظهر بها حمل بلا خلاف .

وقال النووي في المنهاج [٥] ــ ويحرم البدعي وهو ضربان : طلاق في حيض ممسوسة ... وطلاق في طهر وطيء فيه من قد تحبل ولم يظهر حمل . [٦] .

---

(١) ويمكن أن نضيف شرطاً ثامناً : أن يطلقها وهي حامل قد استبان حملها .

(٢) تفسير القرطبي ١٥٣/١٨ .

(٣) المغنى ٢٣٥/٨ .

(٤) السرائر ص ٣٣٤ .

(٥) مغنى المحتاج ٣٠٧/٣ .

(٦) قال الرملي في نهاية المحتاج ١١٠/٦ : ومن البدعي أيضاً طلاق من لها عليه قسم قبل وفائها أو استرضائها .

وقال الامام زيد [1] — وطلاق السنة ... أن يطلقها واحدة وهي طاهرة من الجماع والحيض .

وقال صاحب التاج المذهب [2] : والطلاق التي في حق ذوات الحيض ما جمع شروطاً أربعة :

١) ان يوقع المطلق طلقة واحدة فقط سواء كانت مدخولاً بها أو لا وسواء كانت ذات حيض أم لا .

٢) أن يطلقها في طهر .

٣) ان لايقع وطء منه لهذه التي طلقها في جميع الطهر وإلا كان بدعياً وان لا يقع منه طلاق في هذا الطهر ايضاً .

٤) ان لا يقع منه وطء لها ولا طلاق في نفاسه المتقدمة او في حيضته المتقدمة ، فلو وطئها في الحيض المتقدمة او طلقها فيه كانت بدعيه .

* * *

---

(١) الروض النضير ١٠١/٤

(٢) التاج المذهب ١٢٤/٢ .

ثالثا : من من النساء لا يشملهن منع الطلاق في الحيض

قلنا أن بعض المطلقات لا يشملهن منع الطلاق في الحيض ، كالحامل . والمطلقة قبل الدخول . ومن لا يحيض من النساء دون خلاف بين الفقهاء .

فهؤلاء لا سنة لطلاقهن ولا بدعة (١) .

وسنذكر آراء المذاهب دون تفصيل اللهم إلا في المذهبين الحنفي والجعفري لما بينهما من بعض الاختلاف في هذا الموضوع .

طلاق الحامل :

لا بدعة في طلاق الحامل لأن الوقت المشروع للطلاق هو استقبال العدة ولا عدة للحامل المطلقة إلا بوضع الحمل لقوله تعالى : « واولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن » ولما ورد في بعض روايات ابن عمر في قوله عليه السلام : فليطلقها طاهراً او حاملاً ، استبان حملها .

وعلى هذا فالحامل تستقبل العدة في أي وقت طلقت فيه وهذا هو المراد بقوله تعالى : « فطلقوهن لعدتهن » فهي لا تتضرر بإطالة العدة مادامت محددة بزمن لا دخل لزوجها به وطلاقه فيه الا وهو وضع حملها .

قال الحنابلة في الانصاف (٢) : « فان استبان حملها فلا سنة لطلاقها ولا بدعة » .

---

(١) قال السيوطي في الاشباه والنظائر ص ٦٦١ : الواسطة لا اعلمها في الفقه الا في مسألة واحدة وهي الطلاق ، سني وبدعي ، وهل بينهما واسطة ؟ . وجهان : احدهما : نعم وهو طلاق غير الموطوءة والحامل ، والصغيرة ، والايسة ، فليس بسني ولا بدعي . والثاني : لا . وجعل الاربعة من قسم السني بناء على أنه ليس بمحرم .

(٢) الانصاف ٤٤٨/٨ .

وقال الشافعية في نهاية المحتاج [1] : « ويحل طلاق من ظهر حملها لزوال الندم » .

وقال الاحناف في الهداية [2] : « وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لانه لا يؤدي الى اشتباه وجه العدة . وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطء لكونه غير معلق أو يرغب فيها لمكان ولده منها فلا تقل الرغبة بالجماع » .

طلاق من لا يحضن من النساء :

اذا كانت الزوجة لا تحيض اما لصغر او كبر فان عدتها تبدأ بعد طلاقها مباشرة اذ لا حيض لها حتى يمتنع الرجل عن طلاقها بل هي في طهر دائم [3] ولهذا قالوا لا سنة في طلاقها ولا بدعة .

قال ابن تيمية [4] : « وان كانت المرأة لا تحيض لصغرها او كبرها فانه يطلقها متى شاء سواء أكان وطئها او لم يكن وطئها ، فان هذه عدتها ثلاثة أشهر ففي أي وقت طلقها لعدتها لا تعتد بقرء ولا بحمل » .

وقال الحطاب [5] — « ويطلق اليائسة والتي لم تبلغ الحيض متى شاء وأفضل ذلك أن يستقبل بها الاهله » .

طلاق غير المدخول بها :

من طلق زوجته قبل الدخول فلا عدة عليها لقوله تعالى [6] — يا أيها الذين آمنوا

---

(١) نهاية المحتاج ٦/١١٠

(٢) الهداية ٣/٣٢ .

(٣) جاء في البهجة شرح التحفة ١/٣٣٦ ويعني قوله حال طهر لان الطهر ما تقدمته حيضه وتأخرت عنه أخرى وذلك مفقود في اليائسة والصغيرة .

(٤) فتاوى ابن تيميه ٣/٣٧ .

(٥) مواهب الجليل ٤/٣٨ .

(٦) سورة الاحزاب آية ٤٩ .

اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها »

والله تعالى قال : «فطلقوهن لعدتهن » أي من كان لهن عدة اما من ليس لهن عدة فلا يشملهن النص .

قال الزمخشري [1] ، في تفسير قوله تعالى : فطلقوهن لعدتهن : علم انه اطلق على بعضهن وهن المدخول بهن من المعتدات بالحيض .

قال الغزالي في الوجيز [2] : « ولا بدعة في طلاق غير الممسوسة ولا سنة » .

وقال الخرقي [3] : « ولو قال لها وهي حائض ولم يدخل بها أنت طالق للسنة طلقت من وقتها لأنه لا سنة لها ولا بدعة » .

وجاء في البهجة شرح التحفة [4] : «وطلاق غير المدخول ولو في الحيض على مذهب ابن القاسم سني » .

وقال اشهب : بل هو في الحيض بدعى .

. . .

مذهب الاحناف :

المطلقة بعد الدخول :

جاء في الفتح القدير [5] :

واما غير المدخول بها فالرغبة فيها متوفرة فالطلاق في حال الحيض يقوم دليلاً على تحقيق الحاجة فجاز ان يطلقها في حال الطهر والحيض جميعاً خلافاً لزفر [6] .

---

(١) الكشاف ١٩٤/٣

(٢) الوجيز ٥٠/٢ .

(٣) مختصر الخرقي ص ١٥٢ .

(٤) البهجة شرح التحفة ٢٣٧/١ .

(٥) فتح القدير ٢٩/٣ .

(٦) جاء في نيل الاوطار ٢٢١/٦ واتفقوا على انه لو طلق قبل الدخول وهي حائض لم يؤمر بالمراجعة الا ما نقل عن زفر .

وقال الزيلعي [١] : « وقال زفر لا يطلقها في حالة الحيض » .

وقال الشلبي في حاشيته تعليقاً على كلام النسفي : « وغير الموطوءة تطلق للسنة ولو حائضاً » قال : — فان قلت العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، وقد قال عليه السلام لابن عمر ما هكذا امرك الله انما السنة ان تستقبل الطهر استقبالاً فكيف فرقتم بين الحائض وغير الحائض بالدخول وعدمه في الكراهة وعدمها ؟ ..

قلت : المراد منه المدخول بها بدليل ما رويناه من صحيح البخاري حيث قال في آخر الحديث فتلك العدة التي امر الله ان يطلق لها النساء ولا عدة في غير المدخول بها . الا ان زفر يقيسها على المدخول بها فيكره طلاقها . وجوابه ، ان القياس مع وجود الفارق فاسد » .

. . .

المطلقة التي لا تحيض : جاء في بداية المبتدي [٢] — في التي لا تحيض : ويجوز ان يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان [٣] .

وقال في الهداية : « وقال زفر يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولان بالجماع تفتر الرغبة » .

وقال في فتح القدير : ان عدم الفصل هو قول الأئمة الثلاثة : أبي يوسف ومحمد وابي حنيفة .

* * *

---

(١) تبيين الحقائق . الزيلعي ١٩١/٣ .

(٢) الفتح القدير ٣١/٣ .

(٣) قال في الدر المختار بعد أن ذكر ان طلاق من لا يحضن غير مكروه لان الكراهة فيمن تحيض لتوهم الحبل وهو مفقود . وعلق ابن عابدين : أي لان كراهة الطلاق في طهر جامع فيه ذوات الحيض لتوهم الحبل فيشتبه وجه العدة انها بالحيض او بالوضع ٤٣٠/٢ .

« وفي المحيط [1] قال الحلواني هذا في صغيرة لا يرجى حبلها اما فيمن يرجى فالافضل له ان يفصل بين وطئها ، وطلاقها بشهر كما قال رفر » ولا يخفى ان قول زفر ليس هو افضلية الفصل بحيضة ففي من لا تحيض يجب الفصل بما أقيم مقامه وهو الشهر لان بالجماع تفتر الرغبة وانما تتجدد بزمان وهو الشهر .

وقال ابن الهمام في حجة الأئمة الثلاثة :

ان كراهية الطلاق في الطهر الذي جامع فيه ذوات الحيض لتوهم الحبل فيشتبه وجه العدة انها بالحيض ، او بالوضع وهذا الوجه يقتضي في التي لا تحيض لا لصغر ولا كبر بل اتفق امتداد طهرها متصلا بالصغر في التي لم تبلغ بعد وقد وصلت الى سن البلوغ ان لا يجوز تعقيب وطئها بطلاقها لتوهم الحبل في كل منهما . ولما كان ظاهراً ان يقال قد علتم منع الطلاق في الطهر الذي جامع فيه آنفاً بفتور الرغبة فلم يقع الطلاق دليل الحاجة فغاية الامر ان الطلاق في ذلك الطهر ممنوع من وجهين : لاشتباه العدة ولعدم المبيح وهو الطلاق مع عدم دليل الرغبة ، وفي الصغيرة والايسه ان فقد الاول فقد وجد الثاني فيمتنع ، اجاب بقوله :

والرغبة وان كانت تفترض الوجه الذي ذكر لكن تكثر من وجه آخر لانه يرغب في وطء غير معلق فراراً من مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة وصار كزمان الحبل .

وجاء في فتاوى الذخيرة [2] — فان كانت ممن لا تحيض لصغر او كبر طلقها متى شاء واحدة وان كان عقيب الجماع وكذلك الحامل .

وقال زفر رحمه الله : يفصل بين الطلاق والجماع في حق الايسة والصغيرة بشهر

---

(۱) نقل هذا الرأي في الذخيرة وهي مخطوط في مكتبة اوقاف حلب ج ۱ ص ٣٦٦ رقم ٤٢٨ وعنه نقلته كتب الاحناف . لان الذخيرة هي مختصر المحيط .
والذخيرة تقع في أربعة اجزاء ، والجزء الأول يبحث في النكاح والطلاق .

(۲) مخطوط الذخيرة ص ٣٨٥ .

ـ والصحيح مذهب علمائنا ـ لان الطلاق في حق ذوات الاقراء في الطهر الذي جامعها فيه ، انما كان حراماً لانه ربما يكون سبباً للندم بأن يظهر بها حبل فيندم على طلاقـها وانما يباح الايقاع بشرط ان يأمن الندم . هذا المعنى لا يتأتى في حق الايسة والصغيرة .

وبرأي زفر هذا قال اشهب من المالكية وجمهور الزيدية .

جاء في البحر الزخار [١] ـ ويستحب الكف عن جماعها (.الايسه) شهراً قبـل الطلاق لقيام الشهور فيها مقام الحيض بل يجب كوجوب الفصل بين الجماع والطلاق في ذوات الحيض بحيض .

اما صاحب التاج المذهب [٢] : فصل ذلك وهو المعتمد في المذهب .

اما السني لغير الحائض : وهي الصغيرة والحامل والايسة والمنقطعة لعارض ، والمستحاضة الناسية لوقتها لا يشترط فيه الا كونه واحداً فقط أي طلقة واحدة فلو طلقها عقيب وطئها لم يكن بدعياً ولو طلقها ثم راجعها جاز له وطؤها عقيب الرجعة .

ويندب في حق غير الحائض الكف عن جماعها شهراً قبل طلاقها هذا في الطلقة الأولى ، لا اذا زاد الثانية او الثالثة فانه يجب الكف عن وطئها شهراً وان وطئها قبـل الشهر استأنف الكف شهراً بعد الوطء وكذا اذا اراد الثالثة بعد الثانية فلا بد من الفصل بينهما والا كان بدعياً .

. . .

طلاق من لا يشملهن البدعة والسنة لدى الامامية :

قال الجعفرية : خمس لا يشملهن طلاق البدعة :

١) الصغيرة التي لم تبلغ التاسعة .
٢) التي لم يدخل بها .
٣) الايسة وهي البالغة الخمسين من عمرها .

---

(١) البحر الزخار ٣/١٥٢ .
(٢) التاج المذهب ٢/١٢٤ .

٤) الحامل .

٥) التي غاب عنها زوجها [١] :

قال في جواهر الكلام [٢] ، بعد ان ذكر الطلاق المشروع كما جاء في القرآن الكريم : هذا في المدخول بها الحائل دون غير المدخول بها ودون الحامل فانه يصح طلاقهما لان غير المدخول بها لا عدة لها ، كما ان الحامل عدتها وضع الحمل ومنه يعلم كونهما خارجين من اطلاق النهي عن طلاق الحائض .

ونقل عن الطباطبائي قوله : لا يصح طلاق الحامل الا اذا كانت متبينة الحمل وقت الطلاق فان طلقها ثم تبين الحمل لم يصح ، لان مصادفة الحمل لا تكفي في صحة الطلاق بل يشترط فيه الاستبانة .

ولما كان الخلاف في كتب الامامية حول طلاق الغائب ومتى يكون مشروعاً اذا ما غاب عنها فأردت تحرير هذا الخلاف. ولنذكر ما جاء في بعض كتبهم وما حررناه :

جاء في : لا يحضره الفقيه [٣] : « عن ابي جعفر عليه السلام قال : خمس يطلقهن الرجل على كل حال : الحامل ، والتي لم يدخل بها ، والغائب عنها زوجها ، والتي قد يئست من المحيض » .

وهذا نص عام في طلاق الغائب .

وجاء في الكافي [٤] : « عن ابي عبد الله عليه السلام قال : الغائب اذا اراد ان يطلقها تركها شهراً » .

---

(١) المذاهب الخمسة ١٤٤ .

(٢) جواهر الكلام ٥/٢٧٩ .

(٣) من لا يحضره الفقيه ٣٤١ .

(٤) الكافي ٢/٢٠٤ .

وخالفه حديث آخر جاء في التهذيب [1] — عن ابي عبد الله عليه السلام قال : الرجل اذا خرج من منزله إلى السفر فليس له ان يطلق حتى تمضي ثلاثة اشهر .

على أني قد عثرت على نص في الاستبصار [2] — يوفق بين هذه الروايات وبذلك تحرر المسألة :

قال : الحكم يختلف باختلاف عادة النساء في الحيض ، فمن علم من حال امرأته انها تحيض في كل شهر حيضة ، يجوز له أن يطلق بعد انقضاء الشهر ومن يعلم انها لا تحيض الا كل ثلاثة اشهر أو خمسة لم يجز له أن يطلقها إلا بعد مضي هذه المدة ، فكان المراعى في جواز ذلك مضي حيضة وانتقالها إلى طهر لم يقربها فيه بجماع .

وقال في السرائر [3] — ومتى عاد من غيبته وصادف امرأته حائضاً وان لم يكن واقعها لم يجز طلاقها حتى تطهر لانه صار حاضراً ولا يجوز للحاضر ان يطلق امرأته وهي حائض بغير خلاف بيننا .

وفي رأيي أنه يمكن أن نقيس السجين على الغائب في مذهب الامامية وكل ما قيل في الغائب يقال في السجين وقد وجدت نصا يفهم منه ذلك .

قال في السرائر نقلا عن الطوسي في نهايته : « متى كان للرجل زوجة معه في البلد غير أنه لا يصل اليها فهو بمنزلة الغائب عن زوجته فاذا أراد أن يطلقها فليصبر إلى ان يمضي ما بين شهر إلى ثلاثة اشهر » .

---

(١) التهذيب ٢/٢٦٧

(٢) الاستبصار ٣/٢٩٥ ومما يجدر ذكره ان هذا الرأي الذي جاء به صاحب الاستبصار هو الذي استقر عليه في كتابه النهاية وقد أشار إلى ذلك تلميذه محمد بن ادريس في كتابه السرائر .

(٣) السرائر ص ٣٤٠ مخطوط برقم ٣٣٨ وفيه يخالف مؤلفه شيخ الطائفة الطوسي في كثير من ارائه

رابعا ـ حكمة منع الطلاق في الحيض

أقوال الفقهاء في حكمة منع الطلاق البدعي :

اختلف الفقهاء في علةمنع الطلاق البدعي، هل هو لعدم تطويل العدة؟.. او لكونه حال الفتور والزهد [1] لوطء الزوجة ؟ .. او هو للتعبد فلا يعقل معناه [2] ؟ ..

* * *

اعتبر الاحناف علة المنع لأمرين : ـ١) لعدم تطويل العدة ـ ٢) ولئلا يكون في زمن الفتور .

١ـ ان في تطويل العدة ضرراً على المرأة لأنه اذا طلقها في الحيض ولم تحتسب هذه الحيضة فستطول العدة بدون أية فائدة ، سوى طول المقام وهذا الاضرار لا يجوز . ولهذا فان الاحناف قالوا : الاولى ان يؤخر الطلاق إلى آخر الطهر الذي لم يجامعها فيه احترازاً عن تطويل العدة [3] .

وقال في الفتح [4] : « الطلاق في حالة الحيض يحرم للمضارة بتطويل العدة عليها ، والطلاق في الطهر الذيجامعها فيه يحرم لتلبيس وجه العدة أهو بالاقراء أو الوضع لاحتمال الحبل . »

٢ـ أو لكونه حال الفتور والزهد [5] ـ لان الطلاق انما ابيح للحاجة والطلاق

---

(١) فتاوى ابن تيميه .
(٢) العلة المتعبد بها هي التي أمرنا الشارع بها أو نهانا عنها أو جوزها لناولم نعقل لها معنى .
(٣) الهداية والعناية ٢٤/٣ وهو رواية ابي يوسف عن أبي حنيفة .
(٤) الفتح ٢٧/٣ .
(٥) البدائع ٩٤/٣

للحاجة لا يكون الا في زمن الرغبة وزمان الحيض لا رغبة فيه فلا يكون الاقدام على الطلاق ، فيه دليل حاجة إلى الطلاق .

وقال ابن الهمام [1] : الاصل في الطلاق الحظر ولا يباح الا لحاجة والحاجة قد تكون خفية فالطلاق في زمن تجدد الرغبة يعتبر حاجة تبيح الطلاق .

الشافعية :

وذهب الشافعية إلى تحريم الطلاق البدعي لاضرار الزوجة بتطويل العدة [2] .

قال النووي [3] : وقيل ان سألته الطلاق في الحيض لم يحرم لرضاها بتطويل العدة .

وقال الرملي : الاصح التحريم لانها قد تسأله كاذبة .

الحنابلة :

وقال الحنابلة [4] : — ان العلة في منع الطلاق في الحيض : هي تطويل العدة .

وخالفهم ابو الخطاب فقال : لكونه في زمن رغبته عنها .

واما الطلاق في طهر جامعها فيه فقال في الانصاف [5] : والعلة في ذلك : احتمال ان تكون حاملا ، فيحصل الندم ، فان كان الحمل مستبينا فقد طلق وهو على بصيرة فلا يخاف امراً يتجدد معه الندم .

وقال الشيخ تقي الدين : وقد يقال ان الاصل في الطلاق النهي عنه . فلا يباح الا وقت الحاجة وهو الطلاق الذي تتعقبه العدة .

---

(١) الفتح ٣/٢٤ .
(٢) الدرة المضية في الرد على ابن تيمية ص ١٠ .
(٣) نهاية المحتاج ٦/١٠٩ وقال ويجوز خلعها في الحيض لحاجتها إلى خلاصها ولإطلاق اذنه لثابت في الخلع ، لاخلع اجنبي في الاصح .
(٤) الانصاف ٨/٤٤٩ .
(٥) المصدر السابق ٨/٤٤٨

وقال في المغني [١] : ان الطلاق كره في الحيض لتطويل العدة .

وقال في الشرح الكبير [٢] : ولا نه اذا طلق في الحيض طول العدة عليها فان الحيض التي طلق فيها لا تحسب من عدتها ولا الطهر الذي بعدها عند من يجعل الاقراء الحيض ، واذا طلقها في طهر أصابها فيه ، لم يأمن ان تكون حاملا فيندم وتكون مرتابة اتعتد بالحمل او الاقراء .

وقال الشوكاني [٣] : الحكمة في ذلك ان لا تصير الرجعة لغرض الطلاق [٤] فاذا امسكها زمانا يحل له فيه طلاقها . ظهرت فائدة الرجعة لانه قد يطول مقامه معها فيجامعها فيذهب ما في نفسه فيمسكها .

وقال في التاج المذهب [٥] : « ولعل الحكمة باعتبار السنة أنه ربما يزول الباعث لطلاقها بانتظاره فيمسك عنه محاذرة ان يدخل في قوله صلى الله عليه وسلم : ابغض الحلال إلى الله الطلاق ».

هل المنع لعلة هو أمر تعبدي :

٣) علة منع البدعي : عند المالكية قولان [٦] :

١ــ علة المنع هي لعدم تطويل العدة واستدلوا لذلك بامرين جاء ذكرهما في المدونة.

١) جواز طلاق الحامل في الحيض .

٢) جواز طلاق غير المدخول بها في الحيض .

---

(١) المغنى ٢٣٩/٨

(٢) الشرح الكبير ٢٣٥/٨

(٣) نيل الاوطار ٢٢٢/٦

(٤) في رأيي ان هذا تعليل واقعه وليس تعليل حكم

(٥) التاج المذهب ١٢٧/٢

(٦) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٤٢٥/٢

فهؤلاء لا تطويل للعدة في طلاقهن لان الحامل عدتها في وضع حملها وغير المدخول بها لا عدة عليها .

فلو كان المنع في الحيض لامر تعبدي لما جاز الطلاق في الحيض لجميع الزوجات الحامل منهن وغير المدخول بهن سواء .

٢– وقيل ان منع الطلاق في الحيض ليس بمعلل بل لكونه تعبداً واستدلوا :

١) منع الخلع في الحيض مع انه جاء بناء على طلب الزوجة .

٢) ومنع الطلاق في الحيض ولو رضيت بذلك الزوجة .

فلو كان المنع لعدم تطويل العدة لجاز الخلع في الحيض ، لان هذا الحق هو حق الزوجة ومن ملك حقاً ملك التنازل عنه ، ولكن بما ان هذا لا يجوز فدل على ان المنع لامر آخر – غير تطويل العدة الذي هو حق لها – هو لامر تعبدي .

وهذان القولان لدى المالكية اشهرهما كما قال ابن الحاجب هو الاول .

وقال اللخمي : الثاني هو ظاهر المذهب ، وهو المعول عليه في المذهب .

ومما يؤيد ما ذهب اليه اللخمي فروع كثيرة جاء فيها المذهب المالكي : ففي العيوب لا يفرق بين الزوجين حال الحيض بل حتى تطهر .

وفي حال التفريق للاعسار لا يطلق القاضي في الحيض ولا في النفاس .

وفي اللعان لا يجوز أن يكون في فترة الحيض والنفاس [1] .

بل قالوا أكثر من ذلك انه لو طلق عليه الحاكم لعيب مثلاً وهي في الحيض فرغم أن التطليق للعيب فرقة بائنة قالوا هنا يقع الطلاق رجعياً ويجبره القاضي على الرجعة بل يراجع عنه إن رفض ذلك .

وعلى هذا فالتحريم عند المالكية لذات الطلاق بصرف النظر عن تطويل العدة ، ولهذا لم يستثنوا الخلع في زمن الحيض ، مع أن الزوجة هي التي طلبت ذلك ورغبت

---

(١) شرح الخرشي ١٧٠١/٣ .

فيه ، ولو كان التحريم لعدم تطويل العدة لكان حقاً للمرأة ومن ملك حقاً فقد ملك التنازل عنه ، ولكنه لا يجوز ذلك .

وأيضاً فإن الزوج اذا طلق في الحيض يجبر على الرجعة من غير أن تطالبه الزوجة بالرجعة فدل ذلك على أنه حق الشارع لا حقها [1] .

وقد رأيت هذا النقاش في الإنصاف من كتب الحنابلة [2] :

« اختلف الأصحاب في الطلاق في الحيض : هل هو محرم لحق الله فلا يباح وإن سألته إياه ، أو لحقها فيباح بسؤالها ؟ ..

فيه وجهان ــ قال الزركشي : والاول ظاهر الكتاب والسنة .

لكن الذي جزم به في الهداية والمستوعب والمذهب ومسبوك الذهب والخلاصة وغيرهم وقدمه في المحرر والروايتين والحاوي الصغير وغيرهم : ان خلع الحائض ــ زاد في المحرر وغيره وطلاقها ــ بسؤالها غير محرم ولا بدعة .

وقال ابن عبدوس في تذكرته ، ولا سنة لخلع ولا بدعة. »

والخلاصة :

إن الذين قالوا أن علة المنع : لعدم تطويل العدة اعتبروا ان هذا من حق المرأة فلها أن تتنازل عنه وذلك كما لو طلبت مخالعتها اثناء الحيض فيجوز لزوجها أن يخالعها لأنها قد رضيت بتطويل عدتها فلا حظر .

وأما الذين قالوا ان المنع لئلا يكون الطلاق في زمن الزهد والفتور لم يجيزوا ذلك .

والذين اعتبروا المنع لأمر تعبدي قالوا انه من حق الله ولا يجوز أن يكون بطلب المرأة أي تجاوز عنه لأنه حق الله لا حق الزوجة .

* * *

وفي رأينا أن الطلاق يجب أن يكون في وقت الرغبة ولهذا حرم الاسلام الطلاق في الحيض .

أما الحكمة في تحريم الطلاق في الحيض والنفاس فهو حرص الشارع على أن يكون

---

(١) المذاهب الاربعة ٣٠٢/٣

(٢) الانصاف ٤٤٩/٨ .

الطلاق في وقت تشتد فيه حاجة الزوج لزوجته، لا أن يكون في وقت النفرة والكراهية. ففي الحيض والنفاس لا يجوز للزوج أن يقرب زوجته ، فخشية أن يكون الطلاق لسبب ذلك وهو لبعده عنها ومله من هجره إياها هذه الفترة ، خشية ان يكون الطلاق لهذا السبب الذي سيزول بعد أيام ، حرم الشارع الطلاق في هذا الوقت لأنه إن طلق فقد طلق لعارض قد يزول والاسلام لا يبيح الطلاق إلا لحاجة أو سبب يصعب حله او يستعصي أمره ، ولهذا أمره أن ينتظر ويتربص حتى تنتهي المرأة من حيضها وتطهر وتطهر وتصبح قريبة منه لا مانع بينهما يستطيع ان ينال الزوج من زوجته فإذا طلق في هذه الحالة دل دلالة واضحة على أن الطلاق لحاجة هي في نفسه أكثر من أن يحلّها قرب أو بعد .

وأما اذا جامع امرأته في هذا الطهر وأراد ان يطلقها فأيضاً يمنعه الشارع ويقول له : لا تفعل لأن هذا الوقت ليس زمن رغبة بعد أن نلت منها مرامك ومبتغاك وانتظر ايضاً فقد تندم على ما فعلت وقد لا يفيدك الندم إن كانت الطلقة الثالثة . فالشارع يقدر هنا أن الزوج اذا لامس امرأته فقد تفتر رغبته بعد قضاء وطره منها فيطلق لا رغبة في الطلاق بل زهداً بالمرأة في هذا الوقت بالذات والذي قد تزول دوافعه وأسبابه ويعود فيندم .

وزمن الرغبة قد يكون أيضاً في وقت عرف فيه وضع زوجته وهل هي حامل أم لا ؟ .. ولهذا اباح له أن يطلق اذا عرفها حاملاً لأن وجود الولد هو رغبة صادقة في بقاء الزوجية فإذا ما عزف الزوج عن هذه الحياة وهو يعلم أن ولداً سينتظره ثمرة زواجهما، دل على أنه يفضل الحياة بدون زوجته لسبب جوهري دعاه إلى الطلاق، ولذلك قالوا من حكمة منع الطلاق في الطهر الا تكون الزوجة حاملاً فيندم .

وقال علي بن ابي طالب : لو أصاب الناس معنى الطلاق ما ندم رجل على امرأة [1]

ويرجح لدي ان المنع لذات الطلاق ، لا لعدم تطويل العدة ، بدليل أنه لو كان هذا من حق المرأة لجاز برضائها او طلبها الطلاق في الحيض كما في الخلع .

---

(١) التاج المذهب ١٢٧/٢ وقال صاحب التاج : فينبغي لكل مسلم التأني في الطلاق ، والتحري على اصابة السنة لئلا يأثم ويندم اذا خالف السنة بالعجلة وعدم التثبت وهذا من نظام الاسلام المبني على الحكمة والرحمة والاتقان .

الفرع الثاني

هل يقع الطلاق البدعي

اجمع الفقهاء على ان الطلاق البدعي منهي عنه لصريح القرآن الكريم ، حيث اوجب الطلاق للعدة بقوله : « فطلقوهن لعدتهن » اي مستقبلات عدتهن وهذه الكيفية لا تكون في الطلاق البدعي .

ولكن الفقهاء اختلفوا بعد ذلك هل النهي للتحريم ويقع الطلاق مع الإثم ام ان النهي للفساد فلا يقع الطلاق ؟ ..

قال جمهور الفقهاء : ان الطلاق في الحيض محرم ولكنه مع ذلك يقع ويأثم الزوج المطلق .

وقالت بعض المذاهب وفريق من الفقهاء ان الطلاق في الحيض بدعة مردودة فلا يقع .

وقال بعضهم : يقع الطلاق في الحيض مع الاثم ويجبر الزوج على مراجعة زوجته .

اولا ــ مذهب الجمهور

قال الجمهور إن الطلاق في الحيض محرم فمن طلق امرأته في الحيض فهو آثم ومع ذلك يقع الطلاق .

ويبدو لي أن الذين قالوا بالوقوع خالفوا اصولهم لقرائن اخرى صحت عندهم ، ولم تصح عند غيرهم ، وإلا فإن القرآن صريح في النهي عن الطلاق في غير العدة .

ولهذا نجد السبكي يقول [١] : « دل الكتاب والسنة على أن الطلاق في الحيض محرم . ومع ذلك قضى النبي صلى الله عليه وسلم بنفوذه والاعتداد به ، وإن كان قد خالف الوجه الذي شرع الطلاق فيه ، فرأينا الشرع أوقع بدعة الطلاق كما أوقع سنته وما ذلك إلا لقوة الطلاق ونفوذه . »

وجاء في الإنصاف [٢] : وإن طلق المدخول بها في حيضتها او طهر أصابها فيه : فهو طلاق بدعة محرم . ويقع . وهذا الصحيح من المذهب .

وفي اللباب [٣] ــ واذا طلق الرجل امرأته في حال الحيض وقع الطلاق .

وقال النووي [٤] ــ أجمعت الآية على تحريم طلاق ا لحائض بغير رضاها فلو طلقها أثم ووقع طلاقه .

ونقل الشوكاني رأي الجمهور فقال : والطلاق في طهر جامع فيه حرام . وبــه صرح الجمهور [٥] .

---

(١) الدرة المضيئة ص ١٠ .

(٢) الانصاف ٨/٤٤٨ وقال مراده بقوله : او طهر اصابها فيه اذا لم يستبن حملها فان استبان حملها فلا سنة لطلاقها ولا بدعة . وجاء في المغنى ٨/٢٣٧ : فان طلق للبدعة وهو ان يطلقها حائضاً او في طهر اصابها فيه اثم ووقع طلاقه في قول عامة اهل العلم .

(٣) اللباب للميداني ٢/٣٢ .

(٤) شرح صحيح مسلم للنووي ١٠/٦٤ .

(٥) نيل الاوطار ٦/٢٢٢ .

ثانيا ـ مذهب عدم الوقوع

قال الشيعة الجعفرية والظاهرية : ان الطلاق في الحيض لا يقع لانه على خلاف ما جاء به الشرع .

وهو رأي بعض التابعين كسعيد بن المسيب .

وبهذا قال بعض المعتزلة كاسماعيل بن علية .

ومذهب ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة .

والناصر والشوكاني من الزيدية وغيرهم .

الجعفرية :

قال الجعفرية ان الطلاق البدعي لا يقع لانه غير مشروع ومخالف لما جاء في كتاب الله وسنة رسوله :

جاء في التهذيب [1] : الطلاق ثلاثاً في غير عدة ان كانت على طهر فواحدة وان لم تكن على طهر فليس بشيء .

واخرج الكيلني في الكافي [2] : ـ من طلق امرأته ثلاثاً في مجلس واحد ، وهي حائض فليس بشيء . وقد رد رسول الله صلى الله عليه وسلم طلاق عبد الله بن عمر اذ طلق امرأته ثلاثا وهي حائض فأبطل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك ، وقال :

---

(١) التهذيب ٢/٢٦٣ وسنده : عن ابي علي الاشعري عن محمد بن عبد الجبار ومحمد بن جعفر ابي العباس والرزاز عن أيوب بن نوح جميعا عن صفوان بن يحيي عن منصور بن حازم عن ابي بصير الاسدي وعمد بن علي الحلبي وعمر بن حنظلة عن أبي عبد الله عليه السلام قال :

(٢) الكافي ٢/٩٨ وسنده : عن ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام قال

كل شيء خالف كتاب الله فهو رد إلى كتاب الله . وقال لا طلاق الا في عدة .

وقال في الاستبصار [1] : – سئل عن الذي يطلق في حال الطهر في مجلس واحد ثلاثا قال : هي واحدة .

وقال في المختصر النافع [2] :

فالبدعة : طلاق الحائض مع الدخول وحضور الزوج أو غيبته دون العدة المشترطة وفي طهر قد قربها فيه وطلاق الثلاث المرسلة وكله : لا يقع .

وقال في السرائر [3] : – فاما الشرائط الخاصة فهو الحيض لان الحائض لا يقع طلاقها اذا كان الرجل حاضرا ويكون قد دخل بها فان طلقها وهي حائض كان طلاقه باطلا ، وكذلك ان طلقها في طهر قد قربها فيه لم يقع الطلاق .

وقال محمد بن ادريس : الذي يقتضيه اصول مذهبنا ، واجماعنا منعقد عليه ، أنه لا يجوز للحاضر ان يطلق زوجته المدخول بها وهي حائض بغير خلاف بيننا .

وجاء في جواهر الكلام [4] : من شروط المطلقة « ان تكون طاهرا من الحيض والنفاس بمعنى بطلان الطلاق فيها بلا خلاف أجده فيه نصا وفتوى » ..

وقال : [5] « فلو طلقها في طهر واقعها فيه لم يقع طلاق بلا خلاف اجده فيه . »

الظاهرية :

جاء في المحلى [6] : « من اراد طلاق امرأة له قد وطئها لم يحل له ان يطلقها في

---

(١) الاستبصار ٢٨٥/٣ رقم الحديث ١٠٠٧ عن محمد بن يعقوب عن علي بن ابراهيم عن ابيه ابي عمير عن جميل بن درج عن احدهما عليهما السلام قال :

(٢) المختصر النافع ص ٣٢٢ .

(٣) السرائر ص ٣٤٠ مخطوط رقم ٣٣٨ .

(٤) جواهر الكلام ٢٧٦/٥ .

(٥) المصدر السابق ٣٣٩/٥ .

(٦) المحلى ١٦١/١٠ ومن الجدير بالذكر ان الظاهرية يوقعون الطلاق في الحيض اذا كانت الطلقة الثالثة او ثلاثا مجموعة .

حيضتها ولا في طهر وطئها فيه ، فان طلقها طلقة او طلقتين في طهر وطئها فيه او في حيضتها لم ينفذ ذلك الطلاق وهي امرأته كما كانت » .

ومن الزيدية :

ومذهب الناصر من فقهاء الزيدية عدم وقوع الطلاق البدعي [1] .

ومن الحنابلة :

ذهب ابن عقيل وابن تيمية وابن القيم إلى عدم وقوعه :

جاء في الفروع [2] وقد منع ابن عقيل في الواضح من وقوعه في الحيض قال لان النهي يقتضي الفساد .

وقد اطال ابن تيمية للاستدلال على عدم الوقوع في مؤلفاته [3] وكذلك تلميذه ابن القيم وسردوا الادلة التي تثبت عدم الوقوع من القرآن والسنة والقياس [4] .

وكان الجد ابن تيمية صاحب المحرر يفتي بعدم الوقوع احيانا وبالوقوع احيانا اخرى [5] .

ومن المالكية :

جاء في مواهب الجليل بعد ذكر الطلاق البدعي [6] .

...يكره (البدعي بقسميه) الا الواقع في الحيض فانه يمنع . قال القاضي عبد الوهاب حرام بالاجماع .

وقال في الشامل : وكره في طهر مس فيه وقيل يمنع .

---

(١) الفروع ٢/١٧٩ .
(٢) فتاوى ابن تيمية ٣/٢٥ .
(٣) إغاثة اللهفان ١/٣٠٥ .
(٤) فتاوى ابن تيمية ٣/٢٣ .
(٥) زاد المعاد ٤/٤٤ .
(٦) مواهب الجليل ٣/٣٩ .

وقال الصنعاني [1] : ثم انه قوي عندي ما كنت أفتي به من عدم الوقوع لادلة قوية .

وقال الشوكاني بعد ان اورد حجج الطرفين [2] : ان الله لم يشرع هذا الطلاق ولا اذن فيه فليس من شرعه وامره . وقال : ومن ذهب إلى عدم الوقوع : الحافظ محمد بن ابراهيم الوزير والف فيها رسالة طويلة .

* * *

---

(١) سبل السلام ٢٢٩/٣ .

(٢) نيل الاوطار ٢٢٦/٦ .

ثالثا ـ مراجعة المطلقة في الحيض

غير ان الفقهاء الذين أوقعوا الطلاق في الحيض ، اختلفوا في مراجعة المطلقة على ثلاثة أقوال : فمنهم من قال يجبر على المراجعة . ومنهم من قال ان الرجعة واجبة . ومنهم من قال يستحب له المراجعة . وسبب الخلاف هنا هو الخلاف حول الامر بالمراجعة في حديث ابن عمر .

فمن حمل الامر على الوجوب قال : يؤمر بالمراجعة ومن حمله على الندب قال يستحب له ذلك [1] .

١ ـ من قال يجبر على المراجعة

المالكية :

قال المالكية اذا طلق الزوج زوجته في الحيض فانه يؤمر بمراجعتها ان أبى والا راجعها القاضي ما دامت في العدة .

جاء في شرح الخرشي [2] : « يجبر على الرجعة إلى آخر العدة . يعني اذا طلقها

---

(١) جاء في شرح المنار لابن ملك ص ١٣٠ ط استانبول ١٣١٥ : ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الامر للوجوب وقوله : فادنى الترجيح الندب . هذا فاسد لان الموضوع للشيء محمول على الكامل منه لانه ثابت من كل وجه دون الناقص منه لانه ثابت من وجه دون وجه والكامل من الطلب مالا يكون فيه رخصته الترك وذلك في الوجوب دون الندب .

(٢) الخرشي ١٦٩/٣ وقال : ومن طلق زوجته في حال حيضها أو نفاسها وراجعها أو ابى أن يراجعها فأجبره الحاكم على رجعتها والزمه اياها ثم اراد طلاقها ، فانه يستحب له ان يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ان شاء طلقها قبل ان يمسها وانما امر ان لا يطلقها في الطهر الذي يلي الحيض المطلق فيه لانه جعل للاصلاح وهو لا يكون إلا بالوطء يكره له الطلاق فيمسكها حتى تحيض أخرى ثم تطهر .

في الحيض فانه يجبر على رجعتها إلى آخر العدة ، أي اذا غفل عنها لما طلقها زوجها في الحيض أي إلى ان طهرت ثم حاضت ثم طهرت ، ثم علمنا بذلك فانه يجبر على الرجعة ما بقي شيء وهذا هو المشهور . خلافا لا شهب القائل بأنه يجبر على الرجعة ما لم تطهر من الحيض الثانية لانه عليه الصلاة والسلام اباح طلاقها في هذه الحالة فلم يكن للاجبار معنى .

فاذا ارتكب الرجل المحظور بأن طلق زوجته في حال حيضها او في حال نفاسها وأمره الحاكم ان يراجعها فأبى ذلك فأنه يهدد بالسجن فان لم يفعل سجن فان لم يفعل هدد بالضرب . فان لم يفعل ضرب . فان تمادى الزمه الرجعة . ويرتجعها له بأن يقول ارتجعت لك زوجتك » .

وقال « وجاز الوطء بارتجاع الحاكم له والتوارث وان كان بلا نية من الزوج لان نية الحاكم قامت مقام نيته .

ويجبر الزوج على الرجعة ولو لم تطلب المرأة ذلك » [1] .

* * *

٢ ـ من قال بالندب والاستحباب

الشافعية :

وقال الشافعية : يسن لمن طلق في الحيض ان يراجع زوجته .

جاء في متن المنهاج للنووي [2] :

« ومن طلق بدعيا سن له الرجعة ثم ان شاء طلق بعد طهر » .

---

(١) المذاهب الاربعة ٣٠٢/٣ .

(٢) مغني المحتاج ٣٠٩/٣ وقال النووي في شرحه صحيح مسلم ٦٤/١٠ في طلاق البدعي : فلو طلقها أثم ووقع طلاقه ويؤمر بالرجعة .

وقال الرملي في نهاية المحتاج [1] : ولم تجب الرجعة لان الامر بالامر بالشيء ليس أمراً بذلك الشيء ، وليس في قوله فليراجعها امر لابن عمر لانه تفريع على امر عمر فالمعنى : فليراجعها لكونك والده . واستفادة الندب منه حينئذ انما هي من القرينة ، واذا راجع ارتفع الاثم المتعلق بحقها لان الرجعة قاطعة للضرر من أصله فكانت بمنزلة التوبة ترفع أصل الحيض [2] .

الحنابلة :

وعند الحنابلة ثلاث روايات : الاستحباب والوجوب والاجبار على الرجعة . اصحها الرواية الاولى .

جاء في الانصاف [3] : — وتستحب رجعتها — هذا الصحيح من المذهب وعليه جماهير الاصحاب . وعنه انها واجبة في الحيض .

وجاء في المغنى [4] : ويستحب ان يراجعها لامر النبي بمراجعتها واقل احوال الامر الاستحباب . ولانه بالرجعة يزيل المعنى الذي حرم الطلاق .

ولا يجب بذلك في ظاهر المذهب .

وفي المحرر [5] : وعن احمد روايتان : انه تستحب رجعتها .

والرواية الثانية : تجب رجعة المطلقة في الحيض ولا يطلقها في الطهر المتعقب له فانه بدعة .

---

(١) نهاية المحتاج ٦/١١١ .
(٢) في الفتح الباري ٩/٢٨٥ .
(٣) الانصاف ٨/٤٥٠ .
(٤) المغنى ٨/٢٣٩ .
(٥) المحرر ٢/٥٠

مناقشة الحنابلة :

قال الحنابلة في كثير من فروعهم ان الامر يفيد الوجوب كما في المتعة .

فقد جاء في المغنى [1] ـ اثناء مناقشة الامام مالك في المتعة وما ذهب اليه انها مستحبة قالوا : ولنا قوله تعالى : ـ ومتعوهن ـ امر والامر يقتضي الوجوب . وهنا : مر ابنك فليراجعها أليس هذا امراً فلماذا اعتبرنا الامر هناك للوجوب وهنا للاستحباب ؟

* * *

٣ ـ من قال بالوجوب

الاحناف :

وقال الاحناف ان رجعة من طلقت في الحيض واجبة على من طلقها .

جاء في متن القدوري [2] ـ اذا طلق امرأته في حال الحيض وقع الطلاق ويستحب له ان يراجعها .

ولكني تتبعت شراح المتن المذكور واكثر الكتب فوجدت انالرجعة واجبةوليست مستحبة كما ذهب اليه القدوري .

قال صاحب الجوهرة في شرحه على المتن المذكور [3] : الاستحباب ، قول بعض المشايخ . والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر ، وهو قوله عليه السلام لعمر مر ابنك فليراجعها ، وكان قد طلقها وهي حائض ، فان قيل الامر انما اثبت الوجوب على عمر ان يأمر ابنه بالمراجعة فكيف يثبت وجوب المراجعة بقول عمر .

قلنا : فعل النائب كفعل المنوب عنه فصار كأن النبي هو الذي امره بالمراجعة فثبت الوجوب .

---

(١) المغنى ٨/٤٨ .
(٢) متن القدوري ٢/٣٢ .
(٣) الجوهرة : ٢/٣٢ .

وقال في اللباب [١] ـ والاصح انه واجب ـ وقد نقل عن برهان الأئمة المحبوبي قوله : وتجب رجعتها في الاصح .

وقال في ملتقى الابحر [٢] : ـ وتجب مراجعتها في الاصح ـ وقال شارح الملتقى في مجمع الانهر [٣] ـ عملا بحقيقة الامر ورفعاً للمعصية بالقدر الممكن برفع اثرها وهو العدة .

وقال في در المنتقى [٤]ـوتجب مراجعتها في الاصحـلقوله عليه السلام لعمر مر ابنك فليراجعها عملا بحقيقة الامر .

وقال في البدائع [٥] ـ فالافضل ان يراجعها ولو امتنع عن الرجعة لا يجبر عليها .

وجاء في الهداية [٦] ـ ثم ان الاستحباب قول بعض المشايخ ، والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر ورفعا للحيض بالقدر الممكن برفع أثرها وهو العدة ودفعاً لضرر تطويل العدة .

---

(١) اللباب على هامش الجوهرة ٣٢/٢ .
(٢) ملتقى الابحر ٣٨٣/١ .
(٣) المرجع السابق .
(٤) المرجع السابق .
(٥) البدائع ٩٤/٣ .
(٦) الهداية ٣٤/٣ وقال الهمام في فتح القدير في شرحه : واما عندنا فمسمى الامر الصيغة الموجب كما ان الصيغة حقيقة في الوجوب فيلزم الوجوب منها ، وان كانت صادرة عن عمر لا النبي لانه نائب عنه فيها فهو كالمبلغ للصيغة فاشتمل قوله مر ابنك على وجوبين : صريح وهو الوجوب على عمر رضي الله عنه أن يأمر وضمني وهو ما يتعلق بابنه عند توجيه الصيغة اليه .

والقائلون بالاستحباب ههنا انما بنوه على ان المعصية وقعت فتعذر ارتفاعها فبقي مجرد التشبيه بعدم مباشرتها والجواب ان ذلك لا يصلح صارفا للصيغة عن الوجوب لجواز ايجاب رفع أثرها وهو العدة وتطويلها اذ بقاء ما هو اثره من وجه فلا تترك الحقيقة .

واما صاحب تنوير الابصار [١] فقد اقتصر على ذكر الوجوب فقال وتجب رجعتها فيه (أي في الحيض) .

وقال صاحب الدر المختار : على الاصح .

وقال ابن عابدين في شرحه: قوله على الاصح مقابلة قول القدوري انها مستحبة لان المعصية وقعت فتعذر ارتفاعها ، ووجه الاصح قوله صلى الله عليه وسلم لعمر في حديث ابن عمر في الصحيحين – مر ابنك فليراجعها حين طلقها في حالة الحيض فانه يشتمل على وجوبين :

صريح وهو الوجوب على عمر أن يأمر ، وضمني وهو ما يتعلق بابنه عند توجيه الصيغة اليه ، فان عمر نائب فيه عن النبي فهو كالمبلغ ، وتعذر ارتفاع الحيضة صارفا للصيغة عن الوجوب لجواز ايجاب رفع اثرها وهو العدة وتطويلها اذ بقاء الشيء ما هو اثره من وجه فلا تترك الحقيقة .

الرجعة واجبة عند داود :

وقال داود [٢] يجبر اذا طلقها حائضاً لا اذا طلقها نفساء لظاهر الامر بالوجوب .

الزيدية :

وعند الزيدية ان الرجعة مستحبة وقيل انها واجبة .

جاء في البحر الزخار [٣] : ومن طلق بدعياً استحب له الرجعة واستئناف الطلاق للسنة لقوله عليه السلام مره فليراجعها – بل يجب لظاهر الامر [٤] .

---

(١) حاشية ابن عابدين ٢/٤٣٠ .

(٢) نيل الاوطار ٦/٢٢١ ونشير هنا إلى أن المذهب الظاهري كما نقلنا عن المحلى ان الطلاق في الحيض لا يقع فلعل داوود انفرد بالرأي هذا ونقل هذا عن داوود المغني أيضاً ٨/٢٣٩ .

(٣) البحر الزخار ٣/١٥٤

(٤) أما صاحب التاج المذهب ٢/١٢٧– فقال : ومن طلق امرأته بدعة استحب له ان يراجعها ثم يمسكها حتى تطهر فان بدا له أن يطلقها فليطلقها للسنة قبل أن يمسكها كما امر النبي ابن عمر .

الفرع الثالث

ادلة من قالوا بالوقوع

استدل الجمهور على رأيه بوقوع الطلاق في الحيض بعدة ادلة :

١) القرآن الكريم .

٢) السنة النبوية .

٣) الادلة القياسية .

٤) فتاوى الصحابة .

٥) الاجماع .

١) عموم آيات الطلاق في القرآن

١ــ قول تعالى في سورة الطلاق : « يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة ، واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة ــ وتلك حدود الله ، ومن يتعدّ حدود الله فقد ظلم نفسه . لا تدري لعلّ الله يحدث بعد ذلك أمرا » .

دلت هذه الآية بقوله تعالى : فطلقوهن لعدتهن : اننا اذا اردنا الطلاق فيجب ان يكون للعدة ــ والطلاق للعدة ، كما فسر النبي هو الطلاق في طهر لم يجامعها فيه او عند استبانة الحمل .

وقوله تعالى : « ومن يتعدّ حدود الله فقد ظلم نفسه » يدل على انه من خالف طلاق العدة والحدود التي رسمها الشارع له فقد ظلم نفسه . ولا يكون ظالماً نفسه الا اذا وقع الطلاق . والا فأي معنى لكلام لا اثر له ان يكون محرماً وفيه ظلم لقائله .

٢ــ اطلاق النصوص في جميع آيات الطلاق وعمومها يدل على جواز ايقاع الطلاق في كل وقت ، قال تعالى : فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره . وقوله تعالى : « الطلاق مرتان » « وللمطلقات متاع بالمعروف » .

فهذه نصوص عامة لا مخصص لها دلت بعمومها على وقوع الطلاق في اي وقت أوقعه من له الحق بذلك .

فعلى من يدعي ان هذه النصوص مخصصة فليأت بمخصص لها من قرآن او سنة او اجماع ولا شيء من ذلك .

٢) أدلة الاحاديث

كما استدلوا على رأيهم بوقوع الطلاق في الحيض بعدة أحاديث :

روى مسلم في صحيحه [1] عن قتادة قال : سمعت يونس بن جبير قال : سمعت ابن عمر يقول : طلقت امرأتي وهي حائض فأتى عمر النبي فذكر ذلك له فقال النبي صلى الله عليه وسلم : ليراجعها فاذا طهرت فان شاء فليطلقها . قال : فقلت لابن عمر افاحتسبت بها . قال : ما يمنعه أرأيت ان عجز واستحمق .

وروى مسلم ايضاً [2] : عن الليث بن سعد عن نافع عن عبد الله انه طلق امرأة له وهي حائض تطليقة واحدة فأمره رسول الله ان يراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض عنده حيضة اخرى ثم يمسكها حتى تطهر من حيضتها فان اراد ان يطلقها فليطلقها حين تطهر من قبل ان يجامعها فتلك العدة التي أمر الله ان يطلق لها النساء .

قال مسلم : جود الليث في قوله تطليقة واحدة .

وروى البخاري [3] عن ابن سيرين قال سمعت ابن عمر قال : طلق ابن عمر امرأته وهي حائض فذكر عمر للنبي صلى الله عليه وسلم فقال ليراجعها قلت : تحتسب قال : فمه

وقال ابن حجر في شرحه : القائل قلت : هو انس بن سيرين، قوله فمه اصله فما وهو استفهام فيه اكتفاء .

---

(١) صحيح مسلم ٦٧/١٠ وسنده : حدثنا محمد بن المثنى وابن بشار قال ابن المثنى حدثنا محمد بن جعفر حدثنا شعبة عن قتادة قال : ....

(٢) صحيح مسلم ٦٠/١٠ وجاء الحديث بلفظ آخر في النسائي أيضاً ١٣٨/٦ .

(٣) صحيح البخاري ٢٨٨/٩ . ط عبد الرحمن محمد ١٣٤٨ .

وقال ابن حجر : ويحتمل ان تكون الهاء اصيلة وهي كلمة تقال للزجر اي كف عن هذا الكلام [1] » .

وفي سنن ابن ماجه [2] : عن يونس بن جبير قال سألت ابن عمر عن رجل طلق امرأته وهي حائض . فقال اتعرف عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض فاتى عمر النبي صلى الله عليه وسلم فأمره ان يراجعها .قلت أيعتد بذلك ؟... قال أرأيت ان عجز واستحمق .

وفي سنن النسائي [3] : سئل الزهري : كيف الطلاق للعدة ؟ .. فقال : اخبرني سالم بن عبد الله بن عمر ان عبد الله بن عمر قال : طلقت امرأتي في حياة رسول الله وهي حائض فذكر ذلك عمر لرسول الله فتغيظ رسول الله في ذلك فقال : ليراجعها ثم يمسكها حتى تحيض حيضة وتطهرفان بدا له ان يطلقها طاهراً قبل ان يمسها فذاك الطلاق للعدة كما انزل الله عز وجل . قال عبد الله بن عمر : فراجعتها وحسبت لها التطليقة التي التي طلقتها .

وفي لفظ للبخاري [4] — عن سعيد بن جبير عن ابن عمر قال حسبت علي بتطليقة .

وروى ابن حزم في المحلى : من طريق ابن وهب عن ابن ابي ذؤيب ان نافعاً اخبرهم عن ابن عمر انه طلق امرأته وهي حائض فسأل عمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال : مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء امسك بعد ذلك وان شاء طلق قبل ان يمس فتلك العدة التي امر الله تعالى ان تطلق لها

---

(١) الفتح الباري ٢٨٩/٩ .
(٢) سنن ابن ماجه وسنده : حدثنا نصر بن علي الجهضمي ثنا عبد الاعلى ثنا هشام عن محمد عن يونس ابن جبير ابي غلاب قال سألت ابن عمر وجاءت هذه الرواية في النسائي ١٤١/٦ .
(٣) سنن النسائي ١٣٧/٦ (حاشية السندي شرح السيوطي)
(٤) صحيح البخاري ٢٨٩/٩ .

النساء . وهي واحدة [1] .

قال ابن حجر [2] — وهذا نص في موضوع الخلاف فيجب المصير اليه .

من هذه الروايات استدل الجمهور على وقوع الطلاق في الحيض حيث احتسبت الطلقة في قصة ابن عمر المذكورة ، وذلك للالفاظ التي جاءت في مختلف الروايات السابقة وهي : —

أرأيت ان عجز واستحمق ...

وهي واحدة ... تطليقة واحدة ..

وحسبت لها التطليقة التي طلقتها ..

ونلاحظ ان الالفاظ كلها تكاد تكون صريحة ما عدا قوله : — مه ارأيت ان عجز واستحمق فما هو المقصود منها ؟ .

قال ابن حجر [3] — في تفسير هذه الجملة : اي فما يكون ان لم يحتسب . ويحتمل ان تكون الهاء اصيلة وهي كلمة تقال للزجر اي كف عن هذا الكلام فانه لا بد من وقوع الطلاق بذلك .

وقال ابن عبد البر : قول ابن عمر فمه معناه فأي شيء يكون اذا لم يعتد بها . انكارا لقول السائل أيعتدّ بها فكأنه قال وهل من ذلك بد .

وقوله : ارأيت ان عجز واستحمق اي ان عجز عن فرض فلم يقمه، او استحمق فلم يأت به ايكون ذلك عذرا له .

وقال الخطابي : في الكلام حذف اي ارأيت ان عجز واستحمق ايسقط عنه الطلاق حمقه او يبطله عجزه . وحذف الجواب لدلالة الكلام عليه .

وبهذه التأويلات والتفسيرات قامت حجة الذين اوقعوا الطلاق في الحيض .

---

(١) المحلى ١٠/١٦٤ زاد المعاد ٤/٤٩ .

(٢) الفتح الباري ٩/٢٩٠ .

(٣) المصدر السابق .

٣) الادلة القياسية

استدل الجمهور على رأيه بوقوع الطلاق في الحيض بعدة ادلة قياسية جمعت بعضها من مختلف الكتب الفقهية :

١) ان شمول اسم الطلاق على المحرم منه دليل على اعتباره .

ولهذا تراهم يقولون : طلق ابن عمر امرأته وهي حائض .

ويقولون : ان الطلاق نوعان : طلاق سنة وطلاق بدعة .

ويقول ابن عباس : الطلاق على أربعة أوجه : وجهان حلال ووجهان حرام.

فهذه التسمية دليل على ان الطلاق بهذه الصفة وان كان محرماً فهو طلاق حقيقة ، فلو لم يكن كذلك لما أطلق الاسم عليه لان اللفظ الذي لا معنى له لا اثر له في الحقيقة والواقع [١] .

٢) من الورع والاحتياط ان نلزم من طلق بالحيض بتلك الطلقة اذ قد يطلقها طلقتين بعدها أو قد تكون هي الطلقة الثالثة . فتبقى عنده وهي محرمة عليه حتى تنكح زوجاً غيره .

ولهذا كان اعتبار الطلقة في الحيض تلافياً للوقوع في المحرم [٢] .

٣) وقالوا ان النبي صلى الله عليه وسلم أمر ابن عمر بمراجعة زوجته وهذا ما جاء في جميع الروايات بلا استثناء والمراجعة لا تكون الا بعد طلاق . فدل بذلك على ان الطلاق في الحيضة التي طلقها بها وقعت وعلى هذا فالطلاق في الحيض واقع .

---

(١) زاد المعاد ٤/٤٩ .
(٢) المحلى ١٠/١٦٥ .

قال ابن الهمام [1] : وفي امره صلى الله عليه وسلم ابن عمر ان يراجعها حين طلقها وهي حائض دليل على بطلان قولهم في الحيض .

٤) وقال [2] : العلامة الكوثري تغمده الله برحمته :

القول ببطلان الطلاق في الحيض يجعل الطلاق بيد المرأة حيث لا يعلم الحيض والطهر الا من جهتها .

* * *

(١) فتح القدير ٣/٢٥ .
(٢) الاشفاق في أحكام الطلاق ص ٢٢ .

٤) فتاوي الصحابة

فتوى عثمان وزيد : افتى عثمان وزيد بن ثابت بوقوع الطلاق في الحيض [١] —

فتوى ابن عمر : عن الزهري عن سالم عن ابيه فذكر طلاقه لامرأته وهي حائض وقال في آخره : فراجعتها وحسبت لها التطليقة التي طلقتها [٢] — وفي بعض الروايات ما يمنعني ان اعتد بها [٣] .

فتوى نافع : عن ابن جريج قال ارسلنا إلى نافع وهو يترجل — يسرح شعره في دار الندوة ذاهباً إلى المدينة ونحن مع عطاء — هل حسبت تطليقة ابن عمر امرأته حائضا على عهد رسول الله ، قال : نعم [٤] .

٥) الاجماع

وقالوا : ان الاجماع انعقد منذ عصر الصحابة والتابعين على وقوع الطلاق في الحيض ولم يخالف في ذلك احد . والاجماع حجة [٥] .

---

(١) زاد المعاد ٤/٤٩ .

(٢) المحلى ١٠/١٦٤ وسنده: ومن طريق مسلم حدثني اسحاق بن راهويه أنا يزيد بن عبد ربه فا محمد ابن حرب حدثني الزبيري محمد الزهري عن سالم عن أبيه .

(٣) وجاء الحديث أيضاً في زاد المعاد ٤/٤٩ .

(٤) رواه ابن حزم في المحلى من طريق عبد الرزاق ١٠/١٦٤ . وجاء في زاد المعاد ٤/٤٩ .

(٥) الدرة المضية في الرد على ابن تيمية للسبكي ص ٩ .

مناقشة الدليل الاول

١) قوله تعالى : « فطلقوهن لعدتهن » اي مستقبلات عدتهن .

قالوا : ان ايات الطلاق في القرآن جاءت عامة ، وعلى من يدعي انها مخصصة فليأت ببرهانه ... ونحن لا نسلم بان ايات الطلاق جاءت عامة بل كل اية جاءت لبيان حكم معين ، قد تكون مفسرة ، وقد تكون مجملة جاءت السنة ببيانه .

فاية : « فطلقوهن لعدتهن » جاءت مجملة ففسرتها السنة النبوية بحديث ابن عمر واجمع الصحابة والمفسرون على ان المراد منها ان يطلق الزوج زوجته وهي مستقبلة العدة أي في طهر لم يمسها فيه .

وأما ما ذهبوا اليه من قوله تعالى : ومن يتعدّ حدود الله فقد ظلم نفسه دليل على الوقوع ... فهذا قياس غريب اذ أن الشارع يريد أن يقول محذراً من يخالف أمر الله فيما شرعه له ، كمن يقول لاخر : من شرب الخمر فقد ظلم نفسه ، فهل يعني هذا ان شرب الخمر مباح لأنه ترتب عليه ظلم النفس .

ان ترتب الظلم على مخالفة شرع الله دليل المعصية لا دليل الوقوع ، فالنهي عن الجمع بين المرأة وعمتها لئلا يؤدي الى قطيعة الرحم هل يقال ان هذا مباح لأنه طالما يؤدي الى قطيعة الرحم دل هذا على صحته اذ لو لم يكن موجوداً لما قطع به الرحم [١] .

قال ابن حزم [٢] : « علمنا الله عز وجل ، كيف يكون طلاق الموطوءة ، واخبرنا ان تلك حدود الله وان من تعداها ظالم لنفسه ، فصح ان من ظلم وتعدى حدود الله عز وجل ففعله باطل مردود . »

---

(١) فتاوى ابن تيمية ٣/٤٧ :
(٢) المحلى ١٠/١٦٢ .

مناقشة الدليل الثاني

لقد استدل من أوقع الطلاق في الحيض بروايات أشهرها ثلاث وردت عن ابن عمر ، ونحن سوف نناقش هذه الروايات لنعرف مدى صحتها :

١) الرواية الاولى : قول ابن عمر : أرأيت ان عجز واستحمق .

الحق ان هذا التعبير من ابن عمر ، ليس واضح الدلالة على ما فهمه الجمهور من وقوع الطلقة في الحيض ، والاحكام لا تؤخذ بالظنون والتأويلات ، وقد رأينا ما حمل اصحاب الرأي على تأويل المراد من هذه الجملة كل على حسب ما يراه ، وكلها تحميل للنص فوق ما يحتمل .

ثم اذا كان الطلاق في الحيض واقعاً وقد حسبه النبي عليه السلام طلقة ، فلماذا لم يجب ابن عمر صراحة لسائله بقوله : (نعم) مثلاً ؛ بل قال له : أرأيت إن عجز واستحمق ! ....

وهذا الكلام كما فسره وأوّله من احتج بالوقوع ، ألا نستطيع أن نفسره تفسيراً يتمشى مع القائلين بعدم الوقوع ، فنقول : إن معناه من خالف شرع الله في الطلاق فطلق على خلاف ما امر الله ورسوله فقد عجز واستحمق ؟ ... ومن خالف المشروع كان عمله باطلاً ، مردوداً [١] .

بل ألا يحتمل اللفظ ان يكون المراد منه الزجر عن السؤال ، وإخبار السائل بأن ابن عمر عجز واستحمق في ذلك حيث لم يعرف حكم الله حين طلق .

والخلاصة : ليس في هذا اللفظ ما يدل على وقوع الطلقة ، بل كلها تفسيرات

---

(١) زاد المعاد ٤/٤٥ .
(٢) يشير بذلك إلى الروايات الاخرى لانفس الرواية .

وتأويلات ، والأحكام لا تؤخذ من ألفاظ لا بيان فيها ولا وضوح .

٢) والرواية الثانية : وحسبت لها التطليقة .. هذه الجملة لا يعرف بالضبط من هو الذي احتسبها طلقة هل هو ابن عمر ام النبي ... فكلمة (وحسبت)ان كانت بالبناء للفاعل – كان ذلك قول صحابي حدثنا فيه عن طلقة اوقعها هو بنفسه ، وقول الصحابي لا حجة فيه إن لم يؤيده القرآن او السنة ، وإن كانت بالبناء للمفعول – احتمل الامر احد معنيين : إما ان يكون الرسول هو الذي احتسبها ؛ وإما ان يكون ابن عمر : ومع وجود الاحتمال لا يصح الاستدلال [١] .

قال في المحلى [٢] : « لم يقل ابن عمر إن رسول الله حسبها تطليقة ، ولا إنه عليه الصلاة والسلام هو الذي قال له : اعتدّ بها طلقة : إنما هو إخبار عن نفسه ، ولا حجة في فعله ولا فعل احد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم . »

وقال ابن القيم [٣] :

وأما قوله : فحسبت من طلاقها ، فعل مبني لما لم يسم فاعله . فاذا سمي فاعله ظهر وتبين هل حسبانه حجة أولا . وليس في حسبان الفاعل المجهول دليل البتة ، وسواء كان القائل (فحسبت) ابن عمر او نافعاً أو من دونه ، ليس فيه بيان أن رسول الله صلى الله عليه وسلم هو الذي حسبها حتى تلزم الحجة به وتحرم مخالفته .

وقد ردوا على هذا بقولهم : إن ابن عمر لا يظن به ان يخالف رسول الله فيحسب الطلقة ، والرسول عليه السلام لم يرها شيئاً . فقول ابن عمر : حسبت علي بتطليقة ، يفيد أن الذي حسبها عليه هو النبي عليه السلام ، لان قول الصحابي أمرنا بكذا في عهد رسول الله هو في حكم المرفوع إلى النبي .

---

(١) قال في سبل السلام ٣/٢٢٨ لم يصرح بالفاعل هنا فان كان الفاعل ابن عمر فلا حجة فيه وان كان النبي صلى الله عليه وسلم فهو الحجة ... ثم قال و قد ورد ان الحاسب لها هو النبي من طرق يقوى بعضها بعضا »

(٢) المحلى ١٠/١٦٥ .

(٣) زاد المعاد ٤/٤٥ .

قال ابن حجر في فتح الباري [١] : وعندي أنه لا ينبغي أن يجيء فيه الخلاف الذي في قول الصحابي امرنا بكذا ، فان ذاك محله حيث يكون إطلاع النبي صلى الله عليه وسلم هو الآمر بالمراجعة وهو المرشد لابن عمر فيما يفعل اذا اراد طلاقها بعد ذلك .

* * *

٣) ـ والرواية الثالثة قوله : وهي واحدة :

هذه كلمة صريحة إذا صحت نسبتها إلى ابن عمر كانت كما قال ابن حجر نصاً لا يحتمل التأويل في موضوع الخلاف . على أننا لو رجعنا إلى الذين قالوا بعدم الوقوع نجد أنهم حاولوا ايضاً تأويل هذه اللفظة من حيث المعنى ومن حيث نسبتها إلى الرسول عليه السلام .

فقالوا : هذه الجملة يحتمل ان يكون قائلها ابن أبي ذؤيب ، لأننا لا نقطع بأن قائلها هو الرسول عليه السلام ، والأحكام لا تؤخذ بالاحتمالات والظنون ، ولا يجوز ان ينسب إلى رسول الله مالا يتيقن انه من كلامه ويشهد به عليه ، ولو صح أنها من كلام النبي وأن المراد بها طلقة واحدة ، لأخذنا بها ولما قدمنا عليها شيئاً آخر .

ويبلغ الجدل الفقهي مداه عند ابن حزم حين يقول : ثم لو صح يقيناً انها من كلام النبي لكان معناه : وهي واحدة أخطأ فيها ابن عمر [٢] .

وفي رأيي ان الجدل الفقهي يجب ان لا يخرجنا عن دائرة الصواب ، فتفسير النصوص في الشرائع لا يؤخذ بهذه التأويلات . فلفظ وهي واحدة صريحة لا تحمل اي معنى غير وقوع الطلقة ؛ ولكن يا ترى أي طلقة هذه ؟ ..

إن قوله وهي واحدة عقب كلامه : وإن شاء طلق قبل ان يمس ، يستلزم ان يعود الضمير إلى الطلقة التي يصفها له عليه السلام ، وهي طلقة الطهر لا طلقة الحيض لأنه لا يوجد ذكر لاسم الطلاق إلا هذا ، فكيف نعود بالضمير إلى طلاق لم يذكر

---

(١) فتح الباري ٩/٢٩٠ .

(٢) المحلى ١٠/١٦٤ زاد المعاد ٤/٥ .

في الكلام ونستبعد إضافته للكلام الصريح ؟ ..

إن النبي عليه السلام لم يذكر طلاق الحيض حتى نرجع ضمير « وهي واحدة » إليه . فضلاً عن ان الضمير يعود إلى اقرب مذكور ، وهو طلاق الطهر ، والحديث مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسك بعد ذلك وان شاء طلق قبل ان يمس ، فتلك العدة التي أمر الله تعالى ان تطلق لها النساء ، وهي واحدة .

* * *

يقول الأستاذ أحمد شاكر [1] : « والصحيح الواضح أن قوله : هي واحدة إنما راد به الطلقة التي ستكون في الطهر الثاني من قبل العدة لانها أقرب مذكور إلى الضمير ؛ يل انه لم يذكر غيرها في اللفظ النبوي الكريم ، وطلقة الحيض أُشير اليها فيه فقط ، وفهمت من سياق الكلام ، فلا يمكن ان يعود الضمير إليها — ويكون معنى فقوله : هي واحدة ان طلق كما امر كانت طلقة واحدة ، ولا تكون طلقة ثانية ، لعدم الاعتداد بالاولى التي كانت لغير العدة » .

هذا هو التفسير الذي نختاره للفظة — وهي واحدة — ، وبذلك يندفع الأشكال ، ونبتعد عن المماحكات الفقهية والتأويلات البعيدة عن الفهم الصحيح ويصبح معنى الحديث :

مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد ذلك وان شاء طلق قبل ان يمس ، فتلك العدة التي امر الله تعالى ان تطلق لها النساء . وهي واحدة .

فلفظة هي واحدة تعود إلى الطلقة التي سيوقعها ان شاء بعد امر النبي عليه السلام ، أي اذا طلقت كما امرتك فهي واحدة .

---

(١) نظام الطلاق ص ٤٩ وانظر أيضاً : فقه القرآن والسنة حسن مأمون ص ٦٢ وفرق الزواج ص ٣٠ ومذكرات الزفزاف ص ٧٤ .

ويرد العلامة الكوثري [1] : على الاستاذ شاكر فيقول :

وهل ينافي فرض كونها واحدة أن يقع قبلها طلاق على المرأة حقيقة .

ومعنى كلام الكوثري ان تفسير الاستاذ شاكر صحيح ، ولكنه لا يحل الاشكال لأن احتساب الطلقة الثانية لا ينافي عدم احتساب الطلقة الأولى .

ولكني أقول للاستاذ الكوثري : ان كلام النبي عليه السلام فيما يحكم به هو تشريع منزه عن العبث ، فأي معنى في قوله عليه السلام : ان الطلقة التي اوقعتها يا ابن عمر هي واحدة وان التي ستوقعها هي واحدة أيضاً ؟ ...

الذي يجب ان نفهمه من كلمة — وهي واحدة — أن الطلقة التي ستوقعها كما أمرك تفسيراً لما جاء في القرآن الكريم : فطلقوهن لعدتهن : هي طلقة واحدة .

وإذا فهمنا ان الطلقة قبل المس في الطهر هي واحدة كان المعنى انه لم يسبقها طلاق آخر ، وهذا يعني ان طلقة الحيض التي اوقعها ابن عمر وجاء أبوه يسأل عنها لم تقع .

وبهذا يتضح لنا ان الدليل الذي ساقه الجمهور في هذه الروايات لدعم مذهبهم فضلاً عن أنه لا يصلح دليلاً لهم فهو حجة عليهم بعدم الوقوع لا في الوقوع .

* * *

(١) الاشفاق في احكام الطلاق ص ٢٢ .

مناقشة الدليل الثالث

١ـ واما قولهم ان شمول اسم الطلاق على المحرم منه ، دليل على اعتباره فينقضه لو كان للعقود الباطلة او الفاسدة في الشريعة الاسلامية اسماء تختلف عن الصحيحة منها . اما وان باطل العقد وصحيحه له مسمى واحد فيقال نكاح فاسد وبيع باطل . كنكاح الامهات والبنات ، وبيع الخمر والميتة ولحم الخنزير ... فالتسمية واحدة . ولكن لكل منها حكم يختلف عن الآخر إذ متى كان شمول اللفظ للفاسد ، او للباطل من العقود يصحح فسادها او بطلانها [1] .

وفعلاً لو نحن رجعنا إلى القواعد العامة في العقود نجد ان الشارع هو الذي يرتب الاثر على كل عقد فإطلاق الفاسد او الباطل على أي تصرف لا يعطيه الصفة الشرعية ، طالما ان الآثار ليست هي بيد من يسمي هذه العقود انما هو بيد الشارع الذي يرتب عليها الأثر .

يقول ابن تيمية [2] : « وقول القائل انه شرعي إن اراد انه يسمى بما اسماه به الشارع فهذا صحيح ، وإن اراد ان الله أذن فيه فهذا خلاف النص والاجماع ، وان رتب عليه حكمه وجعله يحصل المقصود ويلزم الناس حكمه كما في المباح فهذا بـــاطل بالاجماع .

إن كل عقد له وجهان وجه صحيح إذا استوفى اركانه وشرائطه ووجه فاسد أو باطل إذا اختل شرط أو فقد ركن فيه والمسمى واحد .

يقول ابن تيمية [3] : « ان كل عقد يباح تارة ويحرم تارة كالبيع والنكاح إذا

---

(١) زاد المعاد ٩٤/٤ .

(٢) فتاوى ابن تيميه ٤٨/٣ .

(٣) المصدر السابق ٤٣/٣

فعل على الوجه المحرم لم يكن لازما كما يلزم الحلال الذي أباحه الله ورسوله » .

٢- واغرب ما ساقوه للاستدلال على رأيهم بوقوع الطلاق في الحيض أنهم قالوا : أنه من الورع أن نلزم من طلق با لحيض بتلك الطلقة ...

أقول من الغريب لأننا نعرف أن للشريعة الاسلامية احكاما تسمى بالاحكام الديانية فيقال : يجوز ديانة ولا يجوز قضاء والعكس ، فكلمة الورع هذه التي ساقوها حجة لهم يمكن أن نسلم لهم فيها إن كان الاساس سليما وصحيحا على أنها من الاحكام الديانية ، ولكن بالعكس نجدهم هم أنفسهم يصرحون بهذا الذي اقوله فيقولون أن من طلق في الحيض فهو آثم ديانة .

ثم اذا أردنا ان نناقش هؤلاء أكثر من ذلك نقول : أيهما أكثر ورعا أن نحرم على رجل امرأته ونبيحها لشخص أجنبي أم نبقي له زوجته التي اقترن بها بعقد صحيح متيقن ؟ ...

٣- واما المراجعة : ان معنى المراجعة التي جاءت في حديث ابن عمر دليل على وقوع الطلاق .

والجواب : ان المراجعة جاءت على لسان النبي بالمعنى اللغوي لا الاصطلاحي ، لان ابن عمر لما طلق زوجته فقد اعتزلها فامره عليه السلام ان يعود اليها ، وان لفظ المراجعة لم يرد في القرآن . ومعنى المراجعة جاء بلفظ الرد او الامساك . وسوف نذكر رأينا في موضوع المراجعة في ختام بحثنا .

٤- اما ما ذهب اليه المرحوم الكوثري : من ان القول بعدم وقوع الطلاق البدعي يجعل الطلاق بيد المرأة .

فان المرأة مؤتمنة في هذا باكثر من موضع . ولهذا يمكن القول بان الزوج يسأل عن المواقعة لانها من فعله ، وتسأل المرأة عن الحيض والطهر والحمل .

لقوله تعالى [1] : « ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن . »

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨ .

قال في تحفة الفقهاء : ولو لم تعترف بانقضاء العدة لا تنقضي لاحتمال انها تصير ممتدة الطهر [1] .

ولهذا قال المالكية ان المرأة إذا طلقها زوجها وترافعا إلى القاضي . وقالت إني حائض فإنها تصدق بيمينها ولا ينظرها النساء لأنها مؤتمنة على فرجها [2] .

* * *

---

(١) تحفة الفقهاء ٢/٣٧٦ وقال : فاما اذا أخبرت بانقضاء العدة في مدة أقل من شهرين وقال أبو يوسف ومحمد : يصدق في تسعة وثلا ثين يوماً .

(٢) حاشية الدسوقي ٢/٤٢٥ .

مناقشة الدليل الرابع

وأما استدلالهم بفتوى ابن عمر وفتاوى الصحابة ، فيمكن القول بأن الأمر على خلاف بين الصحابة ، فمنهم من أفتى بالوقوع ومنهم من أفتى بعدمه .

وسنبحث مخالفة فتوى ابن عمر لروايته ، ثم ننقل اراء من قال بعدم الوقوع من الصحابة والتابعين ايضاً ثم نناقش فتوى نافع التي اعتمدوا عليها .

١) مخالفة الفتوى للرواية :

كثيراً ما يخالف الراوي فيفتي بخلافها والعبرة في هذه الحالة للرواية لاللفتوى ، لأن الرواية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أما فتواه فمن اجتهاده . وقد افتى ابن عباس بخلاف روايته كثيراً ، فقد روى حديث بريرة ، وأن بيع الامة ليس بطلاقها ، وأفتى بخلافه فأخذ الناس بروايته وتركوا فتواه [١] ــ وقد سبق أن شرحنا ذلك في مبحث الطلاق الثلاث .

٢) فتاوى الصحابة والتابعين :

عن عكرمة قال [٢] . قال ابن عباس : الطلاق على اربعة أوجه : ــ وجهان حلال ووجهان حرام . فاما اللذان هما حلال فان يطلق الرجل امرأته طاهراً من غير جماع ، أو يطلقها حاملا مستبيناً حملها . واما اللذان هما حرام فان يطلقها حائضاً او يطلقها عند الجماع لا يدري اشتمل الرحم على ولد ام لا . رواه الدارقطني .

---

(١) زاد المعاد ٤/٥٠ .

(٢) نيل الاوطار ٦/٢٢١ تفسير القرطبي ١٨/١٥٠ .

قال ابن حزم : ومن المحال أن يخبر ابن عباس عما هو جائز بأنه حرام [1] .

وعن ابن مسعود انه قال : من طلق كما امر الله تعالى فقد بين الله تعالى له ومن خالف فانا لا نطيق خلافه .

وروى ابن حزم [2] — من طريق عبد الرزاق عن ابن جريج عن عبد الله ابن طاوس عن أبيه انه كان لايرى طلاقاً ما خالف وجه الطلاق ووجه العدة وكان يقول : وجه الطلاق أن يطلقها طاهر من غير جماع ، واذا استبان حملها .

وروى ابن عبد البر عن الشعبي أنه قال : اذا طلق امرأته وهي حائض لم يعتد بها في قول ابن عمر [3] .

قال سعيد بن المسيب وجماعة من التابعين : ان طلاق الحيض لا يقع .

وكان طاووس لا يرى وقوع البدعي فقد روى عنه انه كان لايرى طلاقاً خالف وجه الطلاق ووجه العدة — وكان يقول : وجه الطلاق ان يطلقها طاهرا من غير جماع واذا استبان حملها [4] .

ومن المعتزلة : قال اسماعيل بن عليه وهو من ا لمحدثين ومن فقهاء المعتزلة ان الطلاق البدعي لا يقع [5] .

وقال هشام بن الحكم ان طلاق البدعة لايقع [6] .

---

(١) المحلى ١٠/١٦٣ .
(٢) المصدر السابق .
(٣) نيل الاوطار ٦/٢٢١ .
(٤) الكشاف ٢/٤٠١ تفسير الالوسي ٩/٩٣ وقال الالوسي : ونقله غير واحد عن ابن المسيب وجماعة من التابعين ومثله ما جاء في المحيط ٨/٢٨٢ وقال القرطبي ١٨/١٥٢ وعن سعيد بن المسيب وجماعة من التابعين أن من خالف السنة في الطلاق فأوقعه في حيض أو ثلاث لم يقع وشبهوه بمن وكل بطلاق السنة فخالف .
(٥) فتح القدير ٣/٣٣ .
(٦) المغنى ٨/٢٣٨ .

٣) وأما خبر نافع :

فهو موقوف عليه ليس فيه أنه سمعه من ابن عمر فبطل الاحتجاج به ، وإذا أردنا ايضاً تأويله لوجدنا كلمة نعم موضع الخلاف ، لايعرف من الذي قالها اهو عبد الله ام نافع [١] ؟ ...

واما رواية عثمان وزيدبن ثابت . فقال ابن حزم عنهما انهما ساقطتان لان في كل منهما مجهول [٢] .

* * *

(١) زاد المعاد ٤/٥٠

(٢) زاد المعاد ٤/٤٩ – المحلى ١٠/١٦٤ روى ابن حزم الروايتين احداهما من طريق ابن وهب عن ابن سمعان عن رجل اخبره أن عثمان .. والثاني رواها ابن حزم من طريق عبد الرزاق عن هشام بن حسام عن قيس بن سعد مولى علقمه عن رجل سماه عن زيد بن ثابت انه قال ....

مناقشة الدليل الخامس

وأما دعوى الاجماع

فيقول ابن حزم [1] في الرد على من يدعي الاجماع على وقوع الطلاق في الحيض :

« والعجب من جرأة من ادعى الاجماع على خلاف هذا وهو لا يجد فيما يوافق قوله في امضاء الطلاق في الحيض أو في طهر جامعها فيه كلمة عن أحد من الصحابة رضي الله عنهم غير رواية عن ابن عمر قد عارضها ما هو احسن منها عن ابن عمر وروايتان ساقطتان عن عثمان وزيد بن ثابت .

ويقول : بل نحن أسعد بدعوى الاجماع ههنا لو استجزنا ما يستجيزونه ونعوذ بالله من ذلك ، وذلك انه لا خلاف بين أهل العلم قاطبة وفي جملتهم جميع المخالفين لنا في ذلك في ان الطلاق في الحيض او في طهر جامعها فيه بدعة نهى عنها رسول الله مخالفة لأمره عليه الصلاة والسلام فاذن لاشك في هذا عندهم فكيف يستجيزون الحكم بتجويز البدعه التي يقرون أنها بدعة وضلالة — أليس بحكم المشاهدة مجيز البدعة مخالفاً لاجماع القائلين بأنها بدعة ؟ .. »

ويقول ابن القيم في زاد المعاد [2] :

« ان الخلاف في وقوع الطلاق المحرم لم يزل ثابتاً بين السلف والخلف ، وقدوهم من ادعى الاجماع على وقوعه وقال بمبلغ علمه. وخفي عليه من الخلاف ما اطلع عليه غيره .

وقد قال الامام احمد : « من ادعى الاجماع فهو كاذب وما يدريه لعل الناس اختلفوا » .

---

(١) المحلى ١٠/١٦٤

(٢) زاد المعاد ٤/٤٤ .

الفرع الرابع

أدلة القائلين بعدم وقوع الطلاق في الحيض

استدل من قال بعدم وقوع الطلاق في الحيض بالادلة التالية :

١ــ القرآن الكريم .

٢ــ حديث ابن عمر .

٣ــ الادلة القياسية .

١ ــ القرآن الكريم :

يقول الله تعالى : « يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن . » وقد فسر النبي الكريم الطلاق للعدة ان يكون في طهر لامس فيه .

كما فسر ابن عباس (١) الصحابي الجليل هذه الآية فقال : ــ ان لا يطلقها وهي حائض وفي طهر قد جامعها فيه ولكن يتركها حتى اذا حاضت وطهرت طلقها تطليقة(٢)

وقالوا ان الأمر بالشيء نهي عن ضده . فالطلاق في الحيض او في طهر مسها فيه منهي عنه . والنهي عن الشيء يقتضي فساد المنهى عنه والفاسد لا يثبت حكمه .

---

(١) قال العلامة القاسمي رحمه الله في تفسيره ١٢١٧/٥ ومتى صح الاسناد اليه (ابن عباس) كان تفسيره من أصح التفاسير مقدماً على كثير من الائمة الجماهير لوجوه متعددة : منها انه رضي الله عنه ثبت عنه أنه كان لا يستحل التأويل بالرأي . وروى عنه أنه قال : من قال في القرآن برأيه فليتبوأ مقعده في النار .

(٢) تفسير الطبري ٧٨/٢٨ .

وقال تعالى : الطلاق مرتان ـ فالمراد به الطلاق المأذون فيه وهو الطلاق للعدة لأن الله قد حصر الطلاق الذي يعقب الرجعة في مرتين لأن تعريف المسند اليه بلام الجنس يفيد الحصر ، فدل ذلك على ان ما عدا الطلاق المأذون فيه كالطلاق في الحيض او في طهر جامعها فيه ليس بطلاق فلا يقع به شيء .

وقوله تعالى : فامساك بمعروف او تسريح باحسان ، دل على ان الله شرع الطلاق على أيسر الوجوه وارفقها بالزوجة ولهذا أمرنا سبحانه وتعـالى ان اردنا الطلاق ان يكون باحسان .

والطلاق باحسان هو الا يطلقها في وقت النفرة ، فقد يكون الطلاق لغير الحاجة ، ولا ان يكون في وقت رغبته عنها وزهده بها فقد يكون هذا لعارض سرعان ما يزول اي لا يتم عن سبب حقيقي يستوجب الطلاق .

قال صاحب الذخيرة [1] لان الاصل في الطلاق الحظر ـ والاباحة باعتبار الحاجة ودليل الحاجة الاقدام على الطلاق في زمان كمال الرغبة فيها . وزمان كمال رغبة الزوج فيها زمان الحمل شفقة على الولد . وزمان الطهر الذي لم يجامعها فيه لانه لم يحصل مقصوده منها في هذا الطهر .

اما زمان الحيض فهو زمان ينفر فيه طبعاً وشرعاً . والطهر الذي جامعها فيه زمان تقل رغبته فيها لتحصيل مقصوده في هذا الطهر .

* * *

(١) الذخيرة من مخطوطات المكتبة الاحمدية بحلب رقم ٤٢٨ ج ١ ص ٣٨٥ .

٢ ـ حديث ابن عمر

ان اكثر الروايات التي وردت عن ابن عمرمضطرب لا يصح الاستدلال بها ، ما عدا رواية صريحة لا تحتمل التأويل هي التي نعتبرها النص في موضع الخلاف .

جاء في مسند الامام احمد [١] : عن روح بن عبادة عن ابن جريج عن أبي الزبير أنه سمع عبد الرحمن بن أيمن يسأل ابن عمر عمن طلق امرأته وهي حائض فأخبره ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم امره بمراجعتها ، وقال عبد الله : « فردها علي ولم يرها شيئاً » .

وجاءت هذه الرواية في سنن أبي داود [٢] .

ورواها أيضاً ابن حزم في المحلى [٣] :

قال ابن حزم : ويكفي في هذا كله السند البين الثابت الذي رويناه عن طريق أبي داود السجستاني ، قال حدثنا احمد بن صالح حدثنا عبد الرزاق ابن جريج أخبرني ابو الزبير أنه سمع عبد الرحمن ابن أبي مولى عزة يسأل ابن عمر ، قال أبو الزبير وأنا أسمع ، كيف ترى في رجل طلق امرأته حائضاً ؟ ... فقال ابن عمر : طلق ابن عمر امرأته وهي حائض على عهد رسول الله فسأل عمر عن ذلك رسول الله فقال : ان ابن عمر طلق امرأته وهي حائض ، قال عبد الله : فردها عليّ ولم يرها شيئاً . وقال : اذا طهرت فليطلق إذا شاء او ليمسك ...

ومما يؤيد هذه الرواية أيضاً ما أخرجه سعيد بن منصور عن طريق عبد الله بن مالك عن ابن عمر انه طلق امرأته وهي حائض فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس ذلك بشيء [٤] .

---

(١) مسند أحمد رقم ٥٥٢٤ ج ٢ ص ٨٠–٨١ .

(٢) سنن ابي داوود رقم ٢٢١٨٥ ص ٢٥٦ ورواها أيضاً مسلم في صحيحه ٤٢٣/١ والنسائي ٩٤/٢ بدون اللفظة الأخيرة ولم يرها شيئاً .

(٣) المحلى ١٦٥/١٠ .

(٤) نيل الاوطار ٢٢٦/٦ .

٣ ـ الادلة القياسية

١ ـ النكاح المتيقن لا يزول إلا بطلاق متيقن :

ان الزوجية ثبتت بين الزوجين بيقين ، فلا تزول إلا بطلاق متيقن دليله من كتاب أو سنة أو اجماع فاذا وجد رفعنا حكم النكاح وإلا فالنكاح باق . وبما انه لا دليل لدينا من ذلك فلا طلاق والزوجية قائمة (١) .

٢ ـ الطلاق في الحيض غير مأذون به :

ان احكام الشريعة جاء بها القرآن الكريم والسنة النبوية ، فكل مخالفة لما شرعه الله لا اثر لها ، والطلاق بينه الله سبحانه وتعالى بكتابه وفسره النبي عليه السلام فيما احتاج فيه إلى تفسير ، فكل طلاق خالف ذلك كان غير مأذون فيه لمخالفته الشرع فكان باطلاً والباطل لا حكم له ، ومثل ذلك لو وكل الرجل وكيلاً عنه في طلاق زوجته على وجه معين مخصوص ، فطلق الوكيل خلاف ما وكل به فلا يقع الطلاق لأنه لم يعبر عن ارادة الزوج وبالتالي خالف رغبته حيث تصرف بما لم يأذن له فيه فكان تصرفه باطلاً .

فاذا كانت مخالفة الوكيل ماوكل به لا يترتب عليها اثر في الطلاق أفلا يكون بالأولى ان يترتب على مخالفة الزوج ما أمره الله به بطلان تصرفه وعدم وقوع طلاقه ؟..

وخلاصة ذلك : ان الشارع قد جعل لنا ولاية ايقاع الطلاق على وجه مخصوص ، ومن أبيح له التصرف على وجه لا يملك ايقاعه على غير الوجه المأذون به .

٣ ـ الطلاق في الحيض منهي عنه كالنكاح المنهى عنه :

وقالوا ان العقود والتصرفات في الشريعة الاسلامية عدا ما كانت محرمة الجنس

---

(١) زاد المعاد ٤/٤٤ .

كشهادة الزور مثلا : فانها تباح اذا كانت على الوجه المشروع وتحرم اذا لم تكن ذلك فما وافق الشرع منها كان لازماً وله اثاره وما خالف الشرع منها كان غير لازم ولا اثر له .

ففي البيوع مثلاً اباح الله بيع الطيبات وحرم بيع الخبائث ، فكان الأول له أثره وهو نقل الملكية . والثاني لا أثر له لانه محرم . وفي الانكحه اباح الله نكاح غير المحارم في حدود ما شرعه ، فكان له آثاره ، وحرم نكاح المحارم فلم يعترف بآثاره .

وكذلك الطلاق فمن طلق زوجته كما شرع له الطلاق كانت له آثاره . وهو الفرقة بين الزوجين ، ومن خالف فطلق على غير ما شرع الله لم يطلق ولا اثر لطلاقه .

فكما ان من نكح امرأة في عدتها لم يثبت نكاحه ، وهو في حكم من لم يعقد عليها ، لأنه عقد في وقت نهى الشارع الزواج فيه ، فقياساً على ذلك اذا وقع الطلاق في وقت نهى عن ايقاعه فيه فيجب الا يقع طلاقه ايضاً ، وان يكون في حكم من لم يوقع طلاقاً ..

قال ابن تيمية (١) : ولهذا اتفق المسلمون على ان ما حرمه الله من نكاح المحارم ، ومن نكاح العدة ونحو ذلك يقع باطلاً غير لازم . وكذلك ما حرم الله من بيع المحرمات كالخمر والخنزير والميتة ...

والطلاق هو مما أباحه الله تارة وحرمه اخرى فاذا فعل على الوجه الذي حرمه الله ورسوله لم يكن لازماً نافذا كما يلزم ما أحله الله ورسوله .

٤ ـ كل عمل خالف الشرع فهو مردود :

واستدلوا ايضاً على عدم وقوع الطلاق في الحيض بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : كل عمل ليس عليه امرنا فهو رد (٢) . رواه البخاري ووجه الاستدلال

---

(١) فتاوى ابن تيمية ٣/٤٣

(٢) وفي رواية لمسلم : من عمل عملا ليس على أمرنا فهو رد . ونقل السيوطي عن الامام أحمد في الاشباه والنظائر ص ٨ أنه قال : أصول الاسلام على ثلاثة أحاديث : ١ـ حديث الاعمال بالنية ٢ ـ وحديث الحلال بين والحرام بين ٣ ـ وحديث من احدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد .

بهذا الحديث : ان كل عمل خالف ما امر به الرسول فهو باطل لانه مردود عليه . وبما ان النبي نهى عن طلاق محرم لا يقع . وتصرف من يفعل ذلك مردود عليه . فكيف يقال اذن انه طلاق صحيح ونافذ ؟ .

قال الشوكاني في نيل الاوطار [1] بعد ان روى الحديث المذكور : « وهو حديث صحيح شامل لكل مسألة مخالفة لما عليه امر رسول الله صلى الله عليه وسلم ومسألة النزاع من هذا القبيل ، فان الله لم يشرع هذا الطلاق ولا اذن فيه فليس من شرعه وامره»

والخلاصة : فإن الطلاق البدعي طلاق محرم منهى عنه ، والنهى يقتضي فساد المنهى عنه ، فاذا نحن اوقعنا هذا الطلاق فما الفرق اذن بين الطلاق المنهى عنه والطلاق المشروع اذا كان كل منهما يقع ويتبع أثره ؟ .

والشارع لم ينه عن امر الا لمفسدة فاذا رتب على هذا النهي الأثر الذي يرتبه على غيره من المشروع كان هذا اعترافاً من الشارع بالمفسدة التي نهى لأجلها .

* * *

---

(١) نيل الاوطار ٦/٢٢٦ .

مناقشة ادلة القائلين بعدم الوقوع

مناقشة الدليل الاول

(١) هل النهي عن الشيء يقتضي فساد المنهى عنه ؟

قالوا : ان الله أمرنا أن نطلق في وقت تستقبل الزوجة فيه العدة ، والامر بالشيء نهي عن ضده . فهل النهي عن الشيء يقتضي فساد المنهى عنه ؟ .. اختلف الفقهاء على قسمين ، فمنهم من قال بفساده ومنهم من خالف في ذلك .

والمثل على ذلك : الصلاة في أرض مغصوبة ، والبيع وقت النداء لصلاة الجمعة . ففي كل منهما ورد النهي عنهما صريحاً ، فهل هذا النهي يقتضي بطلان الصلاة او بطلان البيع ؟ ام ان الصلاة صحيحة والبيع صحيح .

قال الحنابلة : [١] بالأول . وقال الاحناف : بالثاني [٢] .

وللاحناف نظرية في هذا الموضوع يقولون فيها ان النهي اما ان يكون لذات المنهى عنه او لغيره فما كان منهياً عنه لغيره لالذاته ترتبت الآثار على وقوعه واثم صاحبه ديانة .

فالبيع اثناء النداء لصلاة الجمعة منهى عنه . ولكن النهي ليس لذات البيع بل لأمر آخر وهو الحث على الصلاة لعدم فواتها فاذا ما خالف المرء هذا النهي فقد اثم ديانة والبيع صحيح .

---

(١) زاد المعاد ٤٤/٢ فتاوى ابن تيمية ٢١/٣ وقال ابن قدامه في المغنى ٥٠/٤ ان النهي يقتضي فساد المنهي عنه .

(٢) البدائع ٩٦/٣ .

وفي الطلاق اثناء الحيض مثلا قالوا ان النهي ليس لذات الطلاق لانه مشروع بل لامر آخر وهو عدم تطويل العدة او عدم الاضرار بالزوجة فالنهي للضرر لا للطلاق . ولهذا صح الطلاق وكل ما في الامر ان من فعل ذلك اثم وارتكب محظورا .

قال في اللباب : واذا طلق الرجل امرأته في حال الحيض وقع الطلاق لأن النهي عنه لمعنى في غيره فلا تنعدم مشروعيته [1] .

يقول استاذنا فضيلة الشيخ محمد الزفزاف [2] : ـ« واما لجوءهم إلى قياسه على الصلاة في الأرض المغصوبة ونحو ذلك مما ورد النهي عنه ولكنه يقع صحيحاً فهو غير واضح لأن النهي عن الطلاق في الحيض نهى عن شيء لأمر قد اتصل به ولا يمكن رفعه عنه فصار كجزء منه . وهذا النهي كما يقتضي التحريم يقتضي البطلان . لأنهم قرروا ان ما كان الخلل فيه لجزء من اجزائه وكان قولا يكون باطلا والطلاق في الحيض كذلك لأنه قول قد نهى عنه في الحيض فالنهي عن الطلاق هنا انما كان لسبب كونه في اثناء الحيض . وهذا السبب لا ينفك عن هذا الطلاق المنهى عنه فهو كجزء منه » [3] .

ويقول ابن تيمية ردا على من قال ان النهي عن الشيء لامر يتصل بهذا الشيء لا لذاته لا يقتضي فساد المنهى عنه :

« ان الصلاة في الدار المغصوبة والثواب المغصوب والطلاق في الحيض والبيع وقت النداء ... وهذا الذي قالوه لا حقيقة له فانه ان عني بذلك ان نفس العمل المنهى عنه ،

---

(١) اللباب للميداني ٣٢/٣ ويقول البيضاوي في تفسيره قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن .. ويحرم في الحيض من حيث ان الأمر بالشيء يستلزم النهي عن ضده . ولا يدل على عدم وقوعه اذ النهي لا يستلزم الفساد ، ص ٧٤٢ ط العثمانية ١٣٠٥ .

(٢) مذكرات في الطلاق ص ٩١ .

(٣) جاء في شرح المنار لابن مالك ص ٢٥٩ : والمنهى عنه اما ان يكون قبيحاً لعينه ، وذلك نوعان وضعا وشرعا . أو لغيره ، وذلك نوعان وصفاً ومجاوراً . وضرب مثلا للاول بالكفر فانه منهى عنه لقبح في ذاته ، وللثاني الصوم في يوم النحر . وقال في ص ٢٦٠ وكذا وطء الحائض منهى عنه لمعنى مجاور وهو الأذى ، لا لذاته لأن وطء المنكوحة جائز وانفكاك الأذى عنها ممكن بزوال الحيض .

ليس فيه معنى يوجب النهي فهذا باطل ، فان نفس البيع اشتمل على تعطيل الصلاة ونفس الصلاة اشتملت على الظلم ونحو ذلك مما اوجب النهي .

وان ارادوا بذلك ان ذلك المعنى لا يختص بالصلاة بل هو مشترك بين الصلاة وغيرها فهذا صحيح فان البيع وقت النداء لم ينه عنه الا لكونه شاغلا عن الصلاة . وهذا موجود في غير البيع لا يختص بالبيع ، لكن هذا الفرق لا يجيء في طلاق الحائض فأنه ليس هناك معنى مشترك ، وهم يقولون انما نهى عنه لأطالة العدة وذلك خارج عن الطلاق فيقال ، وغير ذلك من المحرمات كذلك انما نهى عنها لافضائه إلى فساد خارج عنها فالجمع بين الأختين نهي عنه لافضائه إلى قطيعة الرحم ، والقطيعة امر خارج عن النكاح والخمر والميسر حرما وجعلا رجساً من عمل الشيطان لأن ذلك يفضي إلى الصد عن الصلاة وإيقاع العدواة والبغضاء وهو أمر خارج عن الخمر والربا والميسر لأن ذلك يفضي إلى اكل المال بالباطل وذلك خارج عن نفس عقد الربا والميسر . فكل ما نهى الله عنه لا بد أن يشتمل على معنى يوجب النهي ولا يجوز أن ينهى عن شيء لا لمعنى فيه أصلاً بل لمعنى أجني عنه فان هذا من جنس عقوبة الإنسان بذنب غيره والشرع منزه عن ذلك » (1) .

* * *

---

(1) فتاوى ابن تيمية ٧٣/٣

مناقشة الدليل الثاني

رواية ابي الزبير :

هذه الرواية التي رواها أبو داود عن ابي الزبير هي اقوى ما اعتمد اليه الذين قالوا بعدم الوقوع .

ومع هذا فقد رد الجمهور هذه الرواية بطريقين :

١ـ طريق التفسير والتأويل .

٢ـ طريق الجرح في الراوي .

١) أما التأويل فقالوا ان معنى قوله : « وردها عليّ ولم يرها شيئاً » كلام مجمل لا يدل على عدم وقوع الطلقة ، لأن الرد يفيد عدم البينونة فكأنه قال لم تبن منك وانها لا زالت زوجتك . والرد هنا بمعنى الرجعة ، كما ورد في القرآن الكريم : وبعولتهن احق بردهن » .

قال المرحوم العلامة الكوثري [1] : الرد عليه يفيد أن تلك الطلقة ليست من افادة البينونة في شيء والرد والامساك يستعملان في الرجعة التي تعقب الطلاق الرجعي .

وهذا اعتراف صريح من اصحاب هذا الرأي على أنالرد هو الرجعة ، والشيء الذي أريد أن أذكره في هذا الاعتراف ان المراجعة يدل عليها أكثر من لفظ . وهذا التفسير سنحتاج اليه فيما بعد .

ولكن لنتساءل قليلاً فيما أوردوه : أن الرد هنا بمعنى الرجعة ومعنى قول ابن عمر وردها علي أي راجعها . اذا سلمنا بهذا التفسير فبماذا نفسر ولم يرها شيئاً ؟ قال ابن عبد البر : يحتمل ان يكون معناه ولم يرها شيئاً تحرم معه المراجعة أو لم يرها شيئاً جائزاً

---

(١) الاشفاق فى أحكام الطلاق ص ١٩ .

في السنة وقال : ولو صح فمعناه عندي : ولم يرها شيئاً مستقيما لكونها لم تكن على السنة [1] .

٢) واما الطعن في الراوي : قالوا ان ابا الزبير ليس بحجة لانه مشهور بالتدليس . وسأذكر ما اطلعت عليه في الرد على ابي الزبير [2] .

قال ابو داود : والاحاديث كلها على خلاف ما قال ابو الزبير .

وقال الشافعي : ونافع [3] : اثبت عن ابن عمر من ابي الزبير والأثبت من الحديثين أولى أن يقال به اذا خالفه .

وقال الخطابي : — حديث يونس بن جبير أثبت من هذا [4] .

وقال ابن عبد البر : — وهذا لم يقل عنه احد غير ابي الزبير وقد رواه عنه جماعة أجلة فلم يقل ذلك احد منهم .

وأبو الزبير ليس بحجة فيما خالفه فيه مثله فكيف بخلاف من هو أثبت منه ؟.

ما نراه في ابي الزبير محمد بن مسلم المكي :

اذا تأملنا في جميع ما وجه من ردود وطعن في رواية ابي الزبير نرى انها لا تخرج عن مجرد التأويلات البعيدة والتي لا تجرح في روايته بأمر يوجب الرد . ويمكن حصر جميع ما قيل فيه في الامور التالية :

١— انه يدلس في احاديثه .

٢— يعارض الرواية ما هو اقوى منها .

٣— ان ابا الزبير انفرد بهذه الرواية عن غيره من الرواة فلا يعتد بها .

* * *

---

(١) زاد المعاد ٤/٥٤ .
(٢) ابن حجر في الفتح ٩/٢٩٠ .
(٣) يريد فتوى نافع بقوله : نعم في الرواية التي تثبت وقوع الطلاق في الحيض راجع ص ١٤ : ٤
(٤) يعني قوله مره فليراجعها وقوله : ارايت ان عجز واستحمق .

١ـ قال الشوكاني [١] : إن أبا الزبير غير مدفوع في الحفظ والعدالة ؛ واما يخشى من تدليسه ، فاذا قال : سمعت أو حدثني زال ذلك ، وقد صرح هنا بالسماع وليس في الاحاديث الصحيحة ما يخالف حديث ابي الزبير حتى يصار إلى الترجيح .

فالشوكاني يقرر أن أبا الزبير اذا صرح بالسماع زال التدليس ، والرواية التي هي موضوع النقاش قد سمعها من ابن عمر اثناء سؤال عبد الرحمن بن أيمن له .

وهناك رواية اخرى عن ابي الزبير رواها عن جابر بن عبد الله :

ففي مسند احمد [٢] عن طريق ابن لهيعة « حدثنا ابو الزبير قال : سألت جابرا عن الرجل يطلق امرأته وهي حائض ؟ .. فقال طلق عبد الله بن عمر امرأته وهي حائض فاتى عمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليراجعها فانها امرأته » .

وابن لهيعة ثقة حجة (جابر بن عبد الله) .

وهكذا نرى ابا الزبير سمع الرواية من ابن عمر ثم تأكد حين سأل جابرا فاجابه بنفس الجواب .

وابن لهيعة رواها عن ابي الزبير فلو لم يكن ابو الزبير ثقة لما روى عنه ابن لهيعه .

٢ـ وقولهم ان غير هذه الرواية مما عارضها كان أقوى .

فقد قال المرحوم الاستاذ احمد شاكر [٣] :

واما الروايات الاخرى في حديث ابن عمر هذا ؛ التي احتج بها القائلون بوقوع الطلاق في الحيض : فانها ليست فيها شيء صريح ، والفاظها مضطربة ، وهي تخالف ما ثبت صريحاً بالروايات الصحيحة ، وتخالف ايضاً ما يفهم من ظاهر القرآن ، ومن القواعد الصحيحة المعقولة في العقود والفسوخ واستثناء الطلاق منها ؛ ووجوب الوقوف عند الحد المستثنى المأذون فيه .

---

(١) نيل الاوطار ٦/٢٢٥ ط مصر العثمانية سنة ١٣٥٧ ـ الطبعة الاولى .
(٢) مسند أحمد رقم الحديث ١٥٢١١ ج ٣ ص ٣٨٦ .
(٣) نظام الطلاق في الاسلام ص ٢٦ .

٣ـ وأما قولهم : ان ابا الزبير انفرد بهذه الرواية . وانه لم يرو هذه الرواية احد سواه .

فقد روى ابن حزم في المحلى [١] : عن نافع انه سأل ابن عمر عن طلاق الحائض فاجابه ابن عمر بقوله لا يعتدّ بذلك . فهذه الرواية بمعنى رواية ابي الزبير ولا عبرة باختلاف الالفاظ ما دامت تؤدي معنى واحدا .

وقد نقلها ابن عبد البر عن الشعبي .

وقال ابن حجر عن هذا الحديث : اخرجه ابن حزم باسناد صحيح [٢] . كما ان الشوكاني نقل رواية اخرجها سعيد بن منصور عن طريق عبد الله بن مالك عن ابن عمر انه طلق امرأته وهي حائض فقال رسول الله : ليس ذلك بشيء [٣] :

وقال ابن عبد البر في التمهيد انه تابع أبا الزبير على ذلك أربعة : عبد الله بن عمر ومحمد بن عبد العزيز بن ابي رواد ويحيى بن سليم وابراهيم بن ابي حسنة [٤] .

* * *

والخلاصة ان ابا الزبير راوي : « وردها اليّ ولم يرها شيئاً » ثقة ثبت فيما يسمع وقد سمع هذه الرواية من ابن عمر وتأكد لسماعه بسؤاله جابرا فلم يعد مجال للشك فيما روى .

وكأني بابن حجر رحمه الله لا يوافق على ما نسب الى ابي الزبير من تهم فقال بعد

---

(١) المحلى ١٦٣/١٠ وسند الرواية كما رواها ابن حزم : عن يونس بن عبيد الله عن أحمد بن عبد الله بن عبد الرحيم عن احمد بن خالد عن محمد بن عبد السلام الخشني عن محمد بن بشار عن عبد الوهاب بن عبد المجيد الثقفي عن عبيد الله بن عمر عن نافع مولى ابن عمر أنه قال في الرجل يطلق امرأته وهي حائض قال ابن عمر لا يعتد لذلك .

(٢) فتح الباري ٢٩٠/٩ .

(٣) نيل الاوطار ٢٢٦/٦ .

(٤) المصدر السابق .

أن ذكر رأي ابن عبد البر في تأويل الروايات كلها [1] : — « وهذا الجمع الذي ذكره ابن عبد البر وغيره يتعين ، وهو اولى من تغليط بعض الثقات ...

وقد رأينا ان أبا الزبير لم ينفرد بهذه الرواية فقد روى بمعناها نافع مولى عبد الله ابن عمر . وكل ما عارض هذه الرواية الصحيحة من روايات اخرى قد ذكرنا انهـا مضطربة ولا تصمد للوقوف امام هذه الرواية الصحيحة في متنها الصريحة في معناها .

---

(١) فتح الباري ٢٩١/٩ .

مناقشة الدليل الثالث

الأدلة القياسية

١ــ وأما قولهم : إن النكاح المتيقن لا يُزال إلا بطلاق متيقن :

إن الأدلة على وقوع الطلاق في الحيض وان كانت ظنية إلا ان الإجماع منذ عصر عصر الصحابة والتابعين حتى الآن انعقد على ذلك ، والإجماع دليل يقيني ، فثبت ان وقوع الطلاق البدعي يستند على دليل يقيني .

٢ــ وأما قولهم : إن الشارع قد جعل لنا ولاية الإيقاع على وجه مخصوص ، ومن أُبيح له التصرف على وجه لا يملك إيقاعه على وجه آخر قياساً على الوكيل .

فإن الوكيل يختلف عن الزوج بأنه سفير ومعبر عن ارادة الزوج ، لا عن ارادته ، فهو يطلق لغيره لا لنفسه ، ولهذا لا يلحق الوكيل أي أثر من آثار الطلاق .

ولما كان الوكيل غير مالك لما يوقعه من الطلاق ، وانما صح ذلك منه للأمر المأذون فيه فقط . أما الزوج فهو يملك ايقاع الطلاق وعليه تعود آثاره ، وبهذا اختلف الزوج عن الوكيل فلا قياس [١] .

٣ــ وأما قياسهم الطلاق المنهى عنه على النكاح المنهى عنه .

في الحقيقة لم اجد لمن قالوا بالوقوع حجة تستحق الذكر في هذه المسألة لولا اني انقل آراء الفقهاء لأمانة البحث العلمي وابين رأيي فيما أرجحه واختاره منها .

---

(١) البدائع ٩٦/٣ .

قالوا : ان النكاح عقد متيقن حل الزوجة وملك بضعها ، فلا يكون إلا على الوجه المأذون فيه شرعاً ، فان الإبضاع في الاصل على التحريم ، ولا يُباح منها إلا ما أباحه الشارع ، بخلاف الطلاق فإنه اسقاط لحقه وإزالة لملكه ، وذلك لا يتوقف على كون السبب المزيل مأذوناً فيه شرعاً كما يزول ملكه عن العين بالإتلاف المحرم ، والتبرع المحرم كهبة العين لمن يعلم انه يستعين بها على المعاصي والآثام .

وقالوا ايضاً : إن النكاح نعمة فلا تستباح بالمحرمات والطلاق نقمة فيجوز ان يكون سببها محرماً .

وقالوا : إن الفروج يحتاط لها ، فمن المصلحة ومن قبيل الاحتياط ان نوقع الطلاق ، حتى اذا ما اراد الرجعة كان لا بد له من عقد جديد (١) .

٤ــ وأما حديث : « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد » .

فقالوا : ان الضمير في قوله : فهو رد ، ليس عائدا إلى العمل بل هو عائد الى الفاعل ، ومعنى ذلك : من عمل عملاً ليس عليه امرنا ، فالفاعل ردّ أي مردود ، ومعنى مردود أي غير مثاب على فعله . وحتى اذا عاد الضمير إلى الفعل ، وكان المعنى

---

(١) زاد المعاد ٤/٤٩ وقال ابن القيم : ليس كل طلاق نقمة فقد يكون الطلاق نعمة كالنكاح بل قد يكون من أكبر النعم كما لو تنافرت طباع الزوجين مثلا واستحالت العيشة بينهما فكما ان النكاح للمتحابين نعمة فكذلك فان الطلاق للمتخاصمين نعمة .

واما الاحتياط للفروج ففي عدم وقوع الطلاق احتياط أقوى ، واقرب إلى التقوى والورع ، لأن من الاحتياط ان تبقى الحياة الزوجية بين زوجين تم النكاح بينهما بيقين حتى يزول بيقين مثله وقالوا فاذا أخطأنا فالخطأ في جهة واحدة – وهي بقاء الزوجة عند زوجها – واذا أصبنا فصوابنا في جهتين : جهة الزوج الاول وجهة الزوج الثاني . وانتم ترتكبون امرين : تحريم الفرج على من كان حلالا له بيقين واحلال الزوجة لغير زوجها . فان كان خطأ فهو خطأ من جهتين . وبهذا يتبين أننا أولى من الاحتياط منكم .

وقد قال الامام أحمد في رواية ابي طالب في طلاق السكران ما يشبه ذلك : فقال الذي لا يأمر بالطلاق أنما أتى خصلة واحدة والذي يأمر بالطلاق أتى خصلتين حرمها عليه واحلها لغيره فهذا خير من هذا .

من عمل عملاً ليس عليه امرنا ففعله مردود عليه ، لا نسلم ان معنى الحديث : ان عمله باطل ، بل كل ما في الامر ان عمله غير مثاب عليه .

وقد ساق هؤلاء الجدل الفقهي حتى انهم رووا حديثاً عن أنس : « من طلق في بدعة ألزمناه بدعته » .

ولكن ابن القيم قال فيه أنه حديث باطل على رسول الله . ونحن نشهد انه حديث باطل عليه ، ولم يروه أحد من الثقات [1] .

وجاء في المحلى [2] : ان هذا الحديث موضوع بلا شك .. وقال : ثم لو صح — ولم يصح قط — لكان لا حجة فيه ، لانه كان معنى قوله : ألزمناه بدعته أي إثمها كما قال تعالى : (وكل إنسان ألزمناه طائره في عنقه) وليس فيه انه يحكم عليه بإمضاء حكم بدعته وتجويزها في الدين .

٥— قالوا : لا تنافي بين حرمة الشيء وصحته ، فحرمة الشيء تترتب عليه عقوبة فاعله . وصحة الشيء تترتب عليه آثاره . ولهذا فان حرمة الطلاق البدعي لا يمنع من ترتيب أثره وحكمه عليه ، واوردوا عدة أمثلة على ذلك :

١— فالظهار محرم ومنكر من القول ، ومع ذلك فإذا ظاهر الرجل زوجته حرمت عليه حتى يكفّر .

٢— وكذلك القذف فإنه حرام ، ومع هذا فقد رتب الشارع أثره على حدوثه ، فإذا حصل القذف ترتب الأثر وهي العقوبة .

٣— وطلاق الهازل ، فرغم ان الهزل بأحكام الله حرام ، فإذا ما أوقع الرجل الطلاق وهو هازل ، وقع الطلاق وترتب أثره عليه ، وقد قال عليه السلام : « ما بال

---

(١) زاد المعاد ٤/٥٠ .

(٢) المحلى ١٠/١٦٤ .

اقوام يتخذون آيات الله هزواً » [1] .

والخلاصة : إن الادلة القياسية التي جاء بها من قال بعدم الوقوع قوية الحجة ، حتى ان خصومهم لم يستطيعوا الرد عليها رداً مقنعاً . ويكفي هذا قول ابن حجر لما روى هذه الادلة عن ابن القيم لم يقل أكثر من انها : لا تنهض من التنصيص على صريح الأمر بالمراجعة [2] .

فهذا إقرار ابن حجر على قوة الادلة القياسية لولا الامر بالمراجعة .

وسيأتي في ختام بحثنا ما رجحناه من معنى المراجعة والمراد منها .

---

(١) ويمكننا القول بأن هذه الأمثلة لا تصلح أن تكون أدلة لموضوعنا لان الظهار مثلا ليس له وجهة حرمة بل كله حرام لأنه منكر من القول ، فكل تصرف لا يقال عنه حلال وحرام لا يجوز الظهار عليه فهل لدينا ظهار جائز وظهار باطل ؟ ... أما في الطلاق فهو كسائر التصرفات التي تشتمل الصحيح والفاسد فيقال عنها تارة بأنها صحيحة وحلال وتارة بأنها فاسدة وحرام . وكذلك القذف وشهادة الزور . كل هذه الامور مما حرم الله جنسها بحيث لا تباح تارة وتحرم تارة يصح القياس عليها تصرفات تشمل الاباحة والتحريم .

واما طلاق الهازل فانما يقع لأنه صادف محلا للطلاق وهو طهر لم يجامع فيه فصح وقوعه ، أما كون من أوقعه لم يكن جادا ولم يقصد به الطلاق فهذا امر للشارع الذي يرتب الاثر ويقع طلاقه للحديث المشهور فالشارع هو الذي يرتب الآثار على التصرفات والعقود . فالهازل أتى بالسبب وهو الايقاع وهو أن لا يكون اثره وهو الوقوع وهو يملك الاول دون الثاني أما من طلق في الحيض فلم يأت بالسبب الصحيح لانه أوقع في وقت غير صحيح فلم يصادف محلا للطلاق . راجع زاد المعاد ٤/٥١ .

(٢) فتح الباري ٩/٢٩٠ .

الفرع الخامس

رأينا في الطلاق في الحيض

الامور التي أجمعت عليها الروايات ومنشأ الخلاف :

اذا رجعنا إلى الروايات التي جاءت في حديث ابن عمر والتي لم تأت بها الزيادات التي كانت موضع الخلاف والنقاش [1] - نجد ان هناك بعض الامور قد أجمعت عليها الاحاديث دون خلاف - :

١- استفسار عمر عن الطلاق في الحيض ، وسؤاله للنبي عليه السلام عن حكم ذلك.

٢- تغيظ النبي عليه السلام حينما ذكر له عمر ان ابنه طلق امرأته وهي حائض .

٣- قوله عليه السلام لابن عمر : « ما هكذا أمرك الله .. انما الطلاق ان تستقبل الطهر » .

٤- أمر النبي عليه السلام ابن عمر بالمراجعة .

١) أما سؤال عمر النبي عن طلاق ابنه امرأته في الحيض ، فانما يدل على انـــه ارتكب محظوراً فجاء يسأل عن حكمه الشرعي ، ولو لم يكن محظوراً او محرماً لما جاء

(١) قال ابن القيم في زاد المعاد ٤/٥ ان الالفاظ قد اضطربت عن ابن عمر في ذلك اضطرابا شديدا وكلها صحيحة عنه ، وهذا يدل على أنه لم يكن عنده نص صريح عن رسول الله في وقوع تلك الطلقة والاعتداد بها . واذا تعارضت تلك الالفاظ نظرنا إلى مذهب ابن عمر وفتواه : نجده صريحاً في عدم الوقوع ووجدنا أحد الالفاظ صريحاً في ذلك فقد اجتمع صريح روايته وفتواه على عدم الاعتداد وخالف في ذلك الفاظ مجملة مضطربة .

يستفتي النبي في طلاق عادي يعرف أكثر المسلمين حكمه . لأن طلاق ابن عمر لم يكن اول طلاق في الإسلام حتى يجهل حكمه .

نقل الشوكاني وابن حجر عن ابن العربي [1] :

ان سؤال عمر محتمل لأن يكون ذلك لكونهم لم يروا قبلها مثلها ، فسأله ليعلم . ويحتمل ان يكون لما رأى في القرآن : (فطلقوهن لعدتهن) .

ويحتمل ان يكون سمع من النبي صلى الله عليه وسلم النهي فجاء ليسأل عن الحكم بعد ذلك .

٢) وأما تغيظ النبي عليه السلام فانما يدل على ان ابن عمر ارتكب محرماً حين طلق امرأته وهي حائض حيث خالف المشروع ، وقد قال عليه السلام لمن طلق امرأته ثلاثاً أيلعب بكتاب الله وانا بين اظهركم . فاستنكار النبي وتغيظه انما يدل على ان المستفتي او السائل جاء بأمر غير مشروع .

قال ابن دقيق العيد [2] — تغيظ النبي صلى الله عليه وسلم اما لأن المعنى الذي يقتضي المنع كان ظاهراً فكان مقتضى الحال التثبيت في ذلك او لأنه كان مقتضى الحال مشاورة النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك اذا عزم عليه .

وقال ابن حجر [3] : بعد ان ذكر تغيظ الرسول عليه السلام . . وفيه اشعار بأن الطلاق في الحيض كان تقدم النهي عنه وإلا يقع التغيظ على امر لم يسبق النهي عنه .

٣) قوله عليه السلام لابن عمر ما هكذا أمرك الله .

هذا بيان من النبي عليه السلام وتفسير لآية : فطلقوهن لعدتهن . فقد بين له ان الطلاق يجب ان يكون في العدة ، وهذا واضح منه عليه السلام انه يفصل ما أجمله القرآن فقال له ما هكذا أمرك الله .

---

(١) نيل الاوطار ٢٢١/٦ .

(٢) المصدر السابق ٢٢٢/٤ .

(٣) الفتح الباري ٢٨٥/٩ .

٤ ــ وأما أمر النبي صلى الله عليه وسلم ابن عمر في مراجعة زوجته فهي موطن الخلاف في رأينا ولهذا سنبحثها بشيء من التفصيل .

منشأ الخلاف :

ان منشأ الخلاف فيما يبدو لي في وقوع الطلاق البدعي وعدم وقوعه ، هو قوله عليه السلام لعمر حينما جاءه يستفتيه في طلاق ابنه : مره فليراجعها . فبعض العلماء فهم من قوله عليه السلام مره فليراجعها اي يردها إلى ما كانت عليه لأنه لما طلقها في الحيض فقد اعتزلها فأمره عليه السلام أن يعود اليها .

واكثر الفقهاء قالوا معنى قوله مره فليراجعها : أن الطلاق قد وقع لأن المراجعة لا تكون إلا بعد الطلاق .

١ ــ ما المراد بالمراجعة :

هل المراد بالمراجعة المعنى الذي اصطلح عليه الفقهاء ، وهو مراجعة الزوج زوجته المطلقة رجعيا ، ما دامت في العدة أم أن المراد بالمراجعة المعنى اللغوي ، وهو عودة الزوج إلى زوجته بعد ان اعتزلها .

وينبني على الخلاف المذكور نتيجة هامة هي : وقوع الطلاق او عدم وقوعه .

قال الجمهور : ان لفظ المراجعة يدل على وقوع الطلاق إذ لا مراجعة إلا بعد الطلاق .

وحتى لو احتمل معنى المراجعة معنى لغوياً آخر فالمعنى الشرعي يقدم على المعنى اللغوي .

وقال الجعفرية والظاهرية وفريق آخر من الفقهاء لا يقع الطلاق في الحيض لان المراد بالمراجعة المعنى اللغوي لا الاصطلاحي .

مناقشة الجمهور :

نحن لا نختلف مع الجمهور فيما ذهبوا اليه أنه اذا اختلف معنيان للفظ ما اخذنا بالمعنى الشرعي دون اللغوي . [1] وانما خلافنا هو هل هذا المعنى كان موجوداً في عصر النبي أم لم يكن ؟ واذا كان موجوداً فهل كان يدل على ما ذهب اليه الجمهور من وقوع الطلاق او عدمه ام كان يستعمل لمعان اخرى ؟ .

وإلا فليس من المعقول ان نجادل أحداً اليوم إذ قال لنا ان فلاناً راجع زوجته ، فالمعنى واضح جداً هو أنه طلقها وراجعها في عدتها ، لأن العرف اليوم بل المعنى للفظ المراجعة في عصرنا هذا اصبح يدل على معنى معين وهو المراجعة الشرعية. ولكن ونحن نفسر هذا اللفظ يجب ان نعود إلى العصر الذي وجد فيه . فهل كان هذا المعنى في عصر النبي عليه السلام كما هو في عصرنا هذا ؟ . أم هو مما اصطلح عليه الفقهاء فيما بعد ؟ .

لنعد إلى مصدري التشريع القرآن والسنة لنجد معنى المراجعة ولفظها ومادلت عليه .

المراجعة في القرآن الكريم :

ورد لفظ المراجعة في القرآن الكريم بقوله تعالى : « فان طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا ان ظنا ان يقيما حدود الله » فدلت على ابتداء النكاح لأن الآية تشير إلى عودة الزوجة إلى زوجها الذي طلقها ثلاثاً بعد أن طلقها الزوج الثاني وذلك بعقد جديد

أما معنى المراجعة وهي عودة الزوج لزوجته المطلقة رجعياً فقد جاء ذكر ذلك في القرآن الكريم بلفظ الرد ، الامساك ، قال تعالى : « وبعولتهن أحق بردهن » [2] اشارة إلى رجعتهن .

وقال تعالى « فامساك بمعروف او تسريح باحسان [3] » والامساك هنا بمعنى المراجعة

---

(١) الاشفاق في أحكام الطلاق ص ١٦ .

(٢) سورة البقرة آية ٢٢٨ .

(٣) سورة البقرة ٢٢٩

وقال « ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا [1] » .

المراجعة في السنة :

لم أجد فيما اطلعت عليه حديثاً نبوياً فيه لفظ المراجعة بمعناها الشرعي ولكني وجدت حديثاً في صحيح البخاري يؤيد المعنى الذي أوردته سابقاً من القرآن الكريم وهو ابتداء النكاح .

فقد جاء في حديث بغض بريرة وهي امة اعتقتها السيدة عائشة فاختارت نفسها وكان زوجها يحبها حباً جماً فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعباس : يا عباس ألا تعجب من حب مغيث بريرة ، ومن بغض بريرة مغيثاً ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لبريرة لو راجعته ، قالت : يا رسول الله أتأمرني ؟ .. قال : انما أنا أشفع . قالت : فلا حاجة لي فيه [2] .

ووجه الاستدلال فيما ظهر لي :

أن خيار بريرة كان فسخاً للعقد فالنبي صلى الله عليه وسلم طلب منها أن تعود اليه بعقد جديد لأنها لا تملك المراجعة . لأن المراجعة للزوج لا للزوجة فدل على أن المعنى المراد هو العودة بعقد جديد أي نكاح مبتدأ [3] .

وفي السنة أيضاً عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم رد زينب على زوجها ابي العاص بالنكاح الأول فهذا رد لها [4] .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣١

(٢) فتح الباري ٣٣٧/٩ باب شفاعة النبي صلى الله عليه وسلم في زوج بريرة : عن ابن عباس ان زوج بريرة كان عبداً يقال له مغيث كأني أنظر اليه يطوف خلفها يبكي ودموعه تسيل على لحيته . فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعباس : يا عباس ...

(٣) قال في سبيل السلام بعد أن ذكر حديث بريرة : اذا اختارت نفسها لم يكن للزوج الرجعة عليها وانما يراجعها بعقد جديد إن رضيت ١٧٣/٣ .

(٤) فتاوى ابن تيمية ٢٦/٣ .

وأما قولهم أن الأمر بالمراجعة يدل على وقوع الطلاق لأنه لو لم يكن كذلك لما امره بالرد او بالمراجعة أي لتركه وشأنه طالما انه لم يقع شيء ، وبمعنى آخر ان لفظ الرد او الأمر بالعودة يدل على افتراق الزوجين فلما أمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يعود إلى زوجته فدل على ان الطلاق قد تمَّ بينهما .

أجاب ابن حزم على ذلك :[1] ليس هذا دليلاً على وقوع الطلاق لأن ابن عمر حين طلقها فقد اجتنبها لذلك أمره عليه الصلاة والسلام أن يراجعها كما كانت قبل .

وقال ابن القيم [2] : ومن هنا قوله لمن فرق بين جارية وولدها في البيع فنهاه عن ذلك ورد البيع وليس هذا الرد مستلزماً لصحة البيع فانه بيع باطل بل هو رد شيئين إلى حالة اجتماعهما كما كانا .

ويبدو لي ان ابن عمر لما طلق زوجته واعتزلها للطلاق ، فان النبي عليه السلام امره أن يعود اليها ، لا لأن الطلاق قد وقع وأراد المراجعة بل لأن ابن عمر كان قد اعتزلها لسببين للحيض وللطلاق فاذا كان الطلاق لم يقع صحيحاً فلا حاجة للقول بالمراجعة . ولكن النبي أمره أن يعود اليها وهي في الحيض بعد أن اجتنبها وقد كان من عادة العرب ذلك .

جاء في تفسير الرازي [3] : « ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهنَّ حتى يطهرن ، فاذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله ان الله يحب التوابين ويحب المتطهرين [4] » .

روى أن اليهود والمجوس كانوا يبالغون في التباعد عن المرأة حال حيضها والنصارى كانو يجامعوهن ولا يبالون بالحيض ، وأن أهل الجاهلية كانوا اذا حاضت المرأة لم

---

(١) المحلى ١٠/١٦٥ .
(٢) زاد المعاد ٤/٤٥ .
(٣) تفسير الرازي ٢/٢٣٣ . والطبري ٢/٢١٤ ط اليمنية .
(٤) سورة البقرة آية ٢٢٢

يؤاكلوها ولم يشاربوها ولم يجالسوها على فرش ولم يساكنوها في بيت كفعل اليهود والمجوس فنزلت الآية ...

وفي تفسير المنار [1] : – كانت هذه الاسئلة في المدينة حيث يختلط العرب باليهود وهؤلاء يشددون في مسائل الحيض والدم كما هو مذكور في الفصل الخامس عشر من سفر اللاويين من الاسفار التي يسمون جملتها التوراة .

ومنها ان كل من مس الحائض في أيام طمثها يكون نجساً ، وكل من مس فراشها يغسل ثيابه ويستحم بماء ويكون نجساً إلى المساء وكل من مس متاعاً تجلس عليه يغسل يابه ويستحم بماء ويكون نجساً إلى المساء ، وان اضطجع معها رجل فكان طمثها عليه يكون نجساً سبعة أيام وكل فراش يضطجع عليه يكون نجساً .

وروي أن أهل الجاهلية كانوا لا يساكنون الحيض ولا يؤاكلوهن كفعل اليهود والمجوس لذلك سألوا النبي فنزلت الآية ...

وجاء في سنن النسائي [2] : عن ثابت عن انس قال كانت اليهود اذا حاضت المرأة منهم لم يؤاكلوهن ولا يشاربوهن ، ولا يجامعوهن في البيوت فسألوا النبي صلى الله عليه وسلم فأنزل الله عزوجل : ويسألونك ...

فأمرهم رسول الله ان يؤاكلوهن ويشاربوهن ويجامعوهن في البيوت وان يصنعوا بهن كل شيء ما خلا الجماع .

هذه كلها ادلة سقناها لبيان المراد بامره عليه السلام ابن عمر بمراجعة زوجته ، ومنها يتبين ان المعنى الشرعي لم يكن انذاك معروفا بما اصطلح عليه فيما بعد .

ولوكانت المراجعه بعد وقوع الطلاق لامره عليه السلام بالاشهـــاد على الرجعة والاشهاد مأمور به بدون خلاف بين الأئمة قيل امر ايجاب وقيل امر استحباب وبما انه عليه السلام لم يأمره بذلك دل على ان الطلاق لم يقع .

---

(١) تفسير المنار ٣٥٨/٢ أحكام القرآن . ابن العربي ١٥٨/١ .
(٢) سنن النسائي ١٨٧/١ ط مصطفى محمد .

ومما يؤيد أيضاً المعنى اللغوي وأن المراد بالمراجعة هي الرد الحسي لا المراجعة بعد الطلاق ، ان لفظ المراجعة يقتضي المفاعلة [١] اما الرجعة بعد الطلاق فانما يستقل بها الزوج اما المراجعة بالمعنى اللغوي فانما يقتضي موافقتها على ذلك كما يتراجعان بعقد جديد اذا ما طلقها مثلاً وبمعنى آخر ان المراجعة تقتضي لغة ان تكون من الطرفين والرجعة من الزواج هي من طرف واحد .

يقول الصنعاني في سبل السلام [٢] .

« واما الاستدلال على الوقوع بقوله فليراجعها ، ولا رجعة إلا بعد طلاق ، فهو غير ناهض ، لأن الرجعة المقيدة ببعد الطلاق عرف شرعي متأخر ، اذ هي لغة اعم من ذلك » .

٢ ـ سبب المراجعة :

لماذا أمر النبي عليه السلام ابن عمر ان يراجع زوجته بعد ان طلقها وهي حائض ؟ .

الجواب على هذا السؤال احد أمرين :

اما ان نقول ان النبي أمر ابن عمر أن يراجع زوجته لان الطلاق لا يقع في الحيض، لقوله تعالى : « فطلقوهن لعدتهن » والطلاق للعدة أن تكون المرأة في وقت تستقبل فيه عدتها والحيض ليس وقتا لذلك .

واما ان نقول انه تشريع جديد من النبي عليه السلام ــ وهو الذي يملك ذلك لقوله تعالى : « وما اتاكم الرسول فخذوه ومانهاكم عنه فانتهوا » [٣] ــ

فعلى من طلق زوجته وهي حائض ان يردها كما امر النبي ابن عمر ، اقول ليس هذا تشريعا جديدا لاني لم أجد في القرآن آية فيها من طلق زوجته في الحيض فالواجب عليه ان يراجعها .

---

(١) فتاوى ابن تيمية ٢٦/٣ .

(٢) سبل السلام ٢٢٩/٣ .

(٣) سورة الحشر الآية ٧ .

فأي الجوابين أقرب للعقل والمنطق ؟ .. القول بأن النبي عليه السلام جاء بحكم جديد لم يرد في القرآن وهو وجوب الرجعة عقب الطلاق في الحيض ام انه تفسير لما جاء في القرآن الكريم لقوله تعالى : « فطلقوهن لعدتهن » ونحن نعلم ان احكام الاسرة جاءت بالقرآن الكريم مفصلة واضحة لانها تمس كل فرد وكل بيت .

قد يقال أن النبي جاء بحكم جديد وهو وجوب المراجعة كما ذهب إلى ذلك بعض **المذاهب [1] — وهنا اريد أن أسأل هؤلاء : كيف يقع الطلاق وتجب الرجعة ؟ ... اما ان نقول ان الطلاق قد وقع فلا رجعة واما ان نقول انه لم يقع .**

والقاعدة الفقهية تقول : من سعى في نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه .

٣ — ثم ما فائدة الرجعة ؟ ...

ان كلام الرسول عليه السلام منزه عن العبث ، وخاصة فيما يشرع للناس ويبين لهم أمور دينهم فماذا كان يبغي النبي حين أمر ابن عمر أن يراجع زوجته ؟ ...

الجواب اما ان نقول امره بمراجعة زوجته لان الطلاق لم يقع فكأنه لم يطلق .

واما ان نقول أمره بالمراجعة لأن الطلاق قد وقع وهو معصية ولرفع هذه المعصية ، ولعدم تطويل العدة على المطلقة ، من جهة ثانية أمره أن يراجع زوجته ، حتى إذا طهرت الطهر الثاني طلقها ان شاء :

ولننظر الآن أي الامرين تحقق بالمراجعة . أي الجوابين أقرب إلى العقل والمنطق ؟.. اذا قلنا بالجواب الاول فالطلاق لم يقع ، وعاد ابن عمر إلى زوجته وهو بالخيار بين الامساك والطلاق ؟ .. ولا ضرر ولا ضرار .

أما إذا قلنا بالامر الثاني فهل تحقق رفع المعصية وعدم تطويل العدة بمراجعة ابن عمر زوجته ؟ ...

بل هل تجوز المراجعة للطلاق ؟ ... أقل ما يقال هنا ان المراجعة للطلاق امر مكروه

---

(١) راجع ص ٤١٢ — ٤١٤ في هذا الكتاب .

بل إن هناك من قال ان المراجعة للطلاق لا تجوز [1] والنبي عليه السلام لا يأمر به .

قال الصنعاني [2] : قال تعالى : « وبعولتهن أحق بردهن في ذلك ان ارادوا إصلاحا أي أحق بردهن في العدة بشرط ان يريد الزوج بردها الاصلاح وهو حسن العشرة والقيام بحقوق الزوجية فان أراد بالرجعة غير ذلك كمن يراجع زوجته ليطلقها كما يفعل العامة ... فهذه المراجعة لم يرد بها اصلاحا ولا اقامة حدود الله فهي باطلة اذ الآية ظاهرة في انه لا يباح له المراجعة ويكون أحق برد امرأته الا بشرط ارادة الاصلاح وأي ارادة اصلاح في مراجعتها ليطلقها .

ومن قال ان قوله : « ان ارادوا إصلاحا » ليس بشرط للرجعة فانه قول مخالف لظاهر الآية بلا دليل .

واذا وقع الطلاق فالمعصية حلت بالمطلق ولا يرفعها الا عدم احتساب الطلقة لارجعتها ليطلقها ثانية فهذا زيادة في المعصية لانه لا فائدة منه سوى الضرر والضرر لايجوز .

ثم ان تطويل العدة الذي نهى عنه الشارع هل نقص بالمراجعة أم زاد ؟ ...

لنعد إلى ابن عمر فقد طلق زوجته في الحيض . فلو لم يراجعها لا حتسب العدة من الطهر الذي يلي الحيضة التي طلقت فيها وهذه لا تتجاوز بضعة ايام ، اما لو راجعها فكم من الايام تمضي على المطلقة ؟ ...

الحيضة التي طلقت فيها ثم الطهر الذي يليها ثم الحيض ثم الطهر ، فأيهما اكثر تطويلا واضراراً بالمرأة ؟ ...

اننا اذا تأملنا نجد ان الامر بالمراجعة اذا اخذنا بقول من قال بالوقوع ، لم يحقق غرضا يقره الشرع والعقل فقد اطالت العدة ولم ترفع المعصية وكانت السبب بارتكاب محظور وهو المراجعة للطلاق .

---

(١) راجع بحث المراجعة للمضارة في هذا الكتاب .
(٢) سبل السلام ٢٤٥/٣ .

والخلاصة : ان المراجعة لا بد لها من فائدة فاذا لم تحتسب الطلقة فالفائدة واضحة وان حسبناها كان الاضرار واضحا ، والمعصية واقعة ، والفائدة من المراجعة تظهر لنا اذا عرفنا سبب المراجعة وسبب المراجعة – كما قلنا – اما ان يكون لعدم المشروعية او لعدم تطويل العدة ورفع المعصية .

اما وقد تبين لنا ان العدة تطول اكثر لو احتسبت الطلقة والمعصية لا ترفع اذا احتسبت الطلقة لم يبق أمامنا الا ان نقول ان سبب امر النبي عليه السلام ابن عمر بمراجعة زوجته هو لعدم مشروعية المطلقة التي اوقعها وامرأته حائض حيث خالف ما امره الله بقوله :

« فطلقوهن لعدتهن » .

وعلى هذا فنستطيع أن نقول مطمئنين إلى أن الطلقة التي أوقعها ابن عمر على زوجته لم تقع وإن أمر النبي عليه السلام لم يكن للمراجعة بمعناها الشرعي بل بمعناها اللغوي لأن بذلك يتحقق من كلامه عليه السلام المنزه عن العبث حيث يعود الزوجان الى حياتهما الأولى . وتخالف من قال بالوقوع لأننا نريد أن نرتب أثراً لأمره عليه السلام بالمراجعة والا فاذا وقع الطلاق فلم يبق لأمره عليه السلام أي معنى سواء من حيث تطويل العدة أو رفع المعصية ، فالعدة تطول بالوقوع والمعصية لا ترفع بالمراجعة .

ان في وقوع الطلقة اضرار بالزوجة واضرار بالزوج وحاشا لرسول الله أن يأمر بالضرر فالزوجة تتضرر باطالة العدة . والزوج لا مصلحة له إلا الكراهية والحظر حيث راجع ليطلق والشارع لم ينه عن الطلاق بل أباحه في وقت معين كما جاء في القرآن الكريم وكما فسره النبي عليه السلام .

* * *

ما يراه بعض الفقهاء المعاصرين ممن اطلعت على رأيهم

رأي الاستاذ الخفيف :

ويميل استاذنا فضيلة الشيخ علي الخفيف في كتابه فرق الزواج [1] بعد ان ناقش جميع الروايات التي وردت عن ابن عمر وناقش ادلة الجمهور ومخالفيهم قال :

والارجح كما قال ابن القيم رواية ابي الزبير لموافقتها القرآن وللقواعد الكلية المستنبطة من أحكام الشريعة واتفاقها مع الحكمة في حرمة ايقاع الطلاق في الحيض .

ويميل فضيلة الشيخ الاكبر محمود شلتوت في كتابه : مقارنة المذاهب في الفقه إلى ترجيح رأي الجمهور [2] : ان مذهب الجمهور اسعد حظاً بالقياس والنص .

ويقول الاستاذ علي حسب الله في كتابه عيون المسائل الشرعية [3] — بعد ان اورد حجج الطرفين في الطلاق في الحيض : ان القول بعدم وقوع الطلاق في الحيض ومثله في النفاس او في طهر مس فيه ارجح من القول بوقوعه .

* * *

---

(١) فرق الزواج ص ٣٢ .
(٢) مقارنة المذاهب ص ٨٠ ط ١٣٧٣ هـ ١٩٥٣ م .
(٣) المسائل الشرعية في الاحوال الشخصية ص ١٥٩ .

١ ـ الطلاق البدعي في قوانين البلاد العربية :

لم تنص أكثر التقنينات العربية على وقوع الطلاق البدعي او عدم وقوعه لانها تدين بالوقوع ولهذا تركت موضوعه للمبادىء العامة او المذهب الحنفي في اكثر البلاد حيث يرجع اليه فيما لا نص فيه .

غير أن اخواننا الشيعة في العراق ولبنان قد نصوا على ذلك صراحة وقالوا بعدم الوقوع . أما عدا الشيعة فلم اجد الا قانون المغرب العربي حيث نص على وجوب الرجعة اذا طلق الزوج امرأته في الحيض وهو مأخوذ من مذهب مالك .

ففي لبنان :

جاء في الفصول الشرعية م ١٢١ [١] : يصح الطلاق في أي وقت كان . وعلى أية حال تكون عليها الزوجة اذا كانت واحدة من خمس :

١) الصغيرة التي لم تبلغ السنة التاسعة من عمرها .

٢) التي لم يقربها الزوج ثيباً كانت ام بكراً .

٣) اليائسة ...

٤) الحامل ....

٥) التي غاب عنها زوجها شهرا كاملا ، على أن يقع الطلاق حال غيابه عنها بحيث يتعذر عليه معرفة حالها هي في حيض أو طهر ؟ .. والمحبوس كالغائب [٢] .

اما الزوجة التي قاربها الزوج ، واتمت السنة التاسعة من عمرها فأكثر ، ولم تبلغ بعد حد اليأس لا يصح طلاقها ، الا وهي في طهر لم يقربها فيه ، فلو طلقها حال الحيض، او النفاس او في طهر المقاربة كان الطلاق فاسدا .

---

(١) الفصول الشرعية ص ٧٢ .

(٢) راجع ما حررناه في طلاق الغائبة لدى الشيعة الامامية في هذا الكتاب .

م ٢٤١ [١] : يعرف طهر الزوجة وحيضها وحملها من قولها ، وتعرف المواقعة من قول الزوج ، فالقاضي يسأل الزوجة عن الطهر والحيض والحمل ، ويسأل الزوج عن المواقعة ومتى اجتمعت الشروط اباح وقوع الطلاق [٢] .

العراق :

م ٢٢٣ من الاحكام الجعفرية في الاحوال الشخصية :

محل الطلاق المرأة الطاهرة من الحيض والنفاس المستبرأة بأن يطلقها في طهر لم يواقعها فيه [٣] .

المغرب العربي :

الفصل ٤٧ من قانون المغرب العربي :

اذا وقع الطلاق والمرأة حائض اجبر القاضي الزوج على الرجعة .

* * *

والخلاصة :

إن الطلاق في الإسلام لا يجوز في كل وقت ، بل حدد له الشارع وقتاً وهو أن تكون الزوجة في طهر لاجماع فيه ، ولا في الحيض الذي سبقه جماع ولا طلاق . وذلك تمشياً مع مبادىء نظام الطلاق الذي جعله الله ابغض الحلال اليه .

وقد حاولت في هذا البحث أن أبين جميع الاراء والاتجاهات حتى وصلت إلى ترجيح الرأي القائل بعدم وقوع الطلاق إذا خالف المشروع وهو الوقت الذي خصصه الله للتطليق دون التقيد بمذهب معين بل :

---

(١) الفصول الشرعية ص ٧٢ .

(٢) يسأل الزوج عن المواقعة لانها من فعله . وتسأل هي عن الحيض والطهر والحمل للآية ٢٢٨ من سورة البقرة : ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في أرحامهن . وحديث زرارة : فوض الله إلى النساء ثلاثة اشياء : الحيض والطهر والحمل .

(٣) المصدر السابق ص ٧٣ .

١ــ رجعت إلى القرآن الكريم فوجدت الآية صريحة بقوله تعالى : « فطلقوهن لعدتهن »

٢ــ وقد فسر هذه الآية النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر حيث امره ان يطلق زوجته في طهر لامس فيه ولا في الحيض الذي سبقه جماع ولا طلاق وتبعه في هذا التفسير عدد من صحابته الفقهاء كعبد الله بن عباس وغيره .

٣ــ وبعد أن ذكرت اراء الفقهاء الذين قالوا بوقوع الطلاق في الحيض ، وجدت أنهم اعتمدوا على حجج مختلفة فناقشتها واهمها في رأيي :

أــ بعض أحاديث عن ابن عمر فيها زيادات تثبت وقوع الطلاق في أي وقت . ورد الأحاديث التي تثبت عدم الوقوع .

فخرجت هذه الأحاديث فتبين لي أن الاحاديث التي طعنوا بها في عدم الوقوع ضعيفة حقاً وأن هناك أحاديث صحيحة لم يتناولها جمهور الفقهاء الذين قالوا بعــدم الوقوع .

ب ــ إن النهي عن الشيء لا يقتضي فساد المنهي عنه إذا كان النهي لا لذات الشيء كالصلاة في الأرض المغصوبة . وقد ناقشت طويلاً هذا الرأي الذي قال به الاحناف وقلت ان النهي عن الطلاق في الحيض نهي لأمر يتصل بالطلاق ذاته . فضلاً عن ان هذا الرأي غير مسلم به في بقية المذاهب .

جــ ثم قلت ان سبب الخلاف ومنشأه لدى الفقهاء في رأيي هو تفسير كلمة المراجعة بقوله صلى الله عليه وسلم لابن عمر حين طلق زوجته في الحيض : راجعها .

وقد اثبتت ان لفظ المراجعة ليس المراد منه ما اصطلح عليه الفقهاء مؤخراً بعد عصر نزول هذه الآية الكريمة وهو مراجعة الزوجة في الطلاق الرجعي ما دامت في العدة بل المراجعة ههنا المقصود منها المعنى اللغوي وقد استشهدت على ذلك بأمثلة من القرآن الكريم والسنة النبوية .

إن في تحديد وقت مخصوص للطلاق حكمة تشريعية عظيمة الأهمية تجعل الطلاق في وقت ينم عن رغبة حقيقية فيه وبهذا نقضي على كثير من حالات التسرع والانفعال التي يلجأ اليها الأزواج .

واني اقترح ان ينص في القانون على عدم وقوع الطلاق في الحيض او في طهر مس الزوج زوجته فيه .

ولا يرد على هذا ان مثل هذه المسألة يصعب على الفقهاء معرفتها لأنها تتصل بالزوجة فيترك هذا الأمر للحكم الدياني ، بل يجب ان ينص عليه صراحة في القانون اذ الزوجة مؤتمنة كما ذكرنا على كثير من مثل هذه الحالات .

* * *

الفصل الخامس
الاشهاد على الطلاق

الركن الخامس في الطلاق هو الاشهاد . وقد اختلف الفقهاء في وجوبه . والاصل في هذا قوله تعالى في سورة الطلاق :

« يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة ، واتقوا الله ربكم لاتخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة ، وتلك حدود الله ، ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه ، لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا . فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوي عدل منكم واقيموا الشهادة لله » (١) .

وسنرى آراء المفسرين في هذه الآية وما استنبطه فقهاء المذاهب منها :

ما ذهب اليه المفسرون :

اختلف المفسرون والفقهاء في قوله تعالى : « واشهدوا ذوي عدل منكم » هل المراد منها وجوب الاشهاد على الطلاق ام الارشاد والندب اليه .

قال الفخر الرازي (٢) : « واشهدوا ذوي عدل منكم » أي امروا ان يشهدوا عند الطلاق وعند الرجعة ذوي عدل منكم .

---

(١) سورة الطلاق آية ٢١١

(٢) تفسير الرازي ١٦٧/٨ .

وقيل : فائدة الاشهاد أن لا يقع بينهما التجاحد فلا يتهم في امساكها ولئلا يموت احدهما فيدعي الباقي ثبوت الزوجية ليرث .

وقال ابو السعود [1] قوله تعالى : واشهدوا ذوي عدل منكم : عند الرجعة والفرقة قطعا للتنازع . وهذا امر ندب كما في قوله تعالى : واشهدوا اذا تبايعتم .

وقال الزمخشري : [2] واشهدوا ... يعني عند الرجعة والفرقة جميعاً [3] .

وقال القرطبي [4] : واشهدوا ... امر بالاشهاد على الطلاق . وقيل على الرجعة . والظاهر رجوعه إلى الرجعة والفرقة جميعا .

وقيل : المعنى واشهدوا عند الرجعة والفرقة جميعا .

وقال البيضاوي [5] واشهدوا ذوي عدل منكم .. على الرجعة والفرقة تبريا من الريبة وقطعا للنزاع وهو ندب كقوله : واشهدوا اذا تبايعتم .

وجاء في تفسير المحيط [6] : واشهدوا الظاهر وجوب الاشهاد على ما يقع من الامساك وهو الرجعة او المفارقة وهي الطلاق .

وقال ابن عباس : الاشهاد على الرجعة وعلى الطلاق يرفع عن النوازل اشكالا كثيرة .

ونقل الطبري عن السدى في قوله : واشهدوا .. قال : على الطلاق والرجعة [7] .

---

(١) تفسير ابي السعود ٨/٢٨٧ .

(٢) تفسير الكشاف ٣/١٩٥ .

(٣) الاشهاد عند الرجعة واجب عند الشافعي في مذهبه القديم أما في الجديد فالاشهاد مندوب اليه .

(٤) تفسير القرطبي ١٨/١٥٧ .

(٥) تفسير البيضاوي ٧٤٣ .

(٦) تفسير المحيط ٨/٢٨٢ .

(٧) تفسير الطبري ٢٨/٨١ .

وهو قول ابن عباس ايضاً كما جاء في تفسير الطبري قال : ان اراد مراجعتها قبل ان تنقضي عدتها اشهد رجلين .

كما قال الله تعالى : « واشهدوا ذوي عدل منكم » عند الطلاق وعند المراجعة [1] .

وفي الدر المنثور [2] وهو قول عطاء ، فقد روى عنه عبد الرزاق وعبد بن حميد أنه قال :

النكاح بالشهود والطلاق بالشهود والمراجعة بالشهود .

ونقل الجصاص قول عطاء بمعنى آخر [3] روى عن ابن جريج عن عطاء قال : الطلاق والنكاح والرجعة بالبينة .

وجاء في سنن ابن ماجه [4] : عن عمران بن الحصين سئل عن رجل يطلق امرأته ثم يقع بها ولم يشهد على طلاقها ولا على رجعتها فقال عمران طلقت بغير سنة وراجعت بغير سنة ، اشهد على طلاقها وعلى رجعتها .

* * *

آراء المذاهب :

اختلف الفقهاء في الاشهاد على الطلاق لاختلافهم في تفسير هذه الآية :

رأي الجمهور :

فذهب جمهور الفقهاء إلى ان قوله تعالى : « واشهدوا ذوي عدل منكم » يعني الاشهاد على الطلاق والرجعة ولكنه ليس شرطاً في وقوع الطلاق . وبمعنى آخر ان الاشهاد مندوب اليه لا واجب .

فقد ذكرت الآية الكريمة الامساك والفراق بقوله تعالى : « فاذا بلغن اجلهن

---

(١) تفسير الطبري ٨٨/٢٨ .
(٢) الدر المنثور للسيوطي ٢٣٢/٦ .
(٣) أحكام القرآن للجصاص ٥٦٠/٣ .
(٤) سنن ابن ماجه ٣١٩/١ .

فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوي عدل منكم » فكان الاشهاد راجعاً إلى الرجعة والطلاق .

وقالوا : لم يؤثر عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن احد من اصحابه ان الاشهاد شرط في الطلاق ، ولهذا فان الامر بالآية لم يكن على سبيل الوجوب بل على سبيل الندب.

أي ان الاصل في الامر كما يقول اكثر الاصوليين هو الوجوب الا اذا قامت قرينة تصرفه عن ذلك .

وفي آية الاشهاد الاصل فيها الوجوب ولكن بما انه لم ينقل الينا شيء عن الاشهاد في الطلاق على كثرة وقوعه في عصر النبي وعصر الصحابة دل ذلك على أن الامر مندب والارشاد لا للوجوب والالزام .

وكذلك فقد قاسوا الاشهاد على الطلاق في الآية على الاشهاد في البيع بقوله تعالى : « واشهدوا اذا تبايعتم » والاشهاد هنا مندوب اليه لا واجب بالاجماع فدل أيضاً على ان الاشهاد على الطلاق مندوب اليه ايضاً خشية الجحود والانكار .

الظاهرية والجعفرية :

ويرى بعض المذاهب وفريق من الفقهاء : ان الامر في الآية للوجوب لا للندب وهؤلاء فريقان : منهم من قال ان الامر بالاشهاد راجع إلى الطلاق والرجعة ومنهم من قال ان الاشهاد راجع إلى الطلاق فقط .

قال الظاهرية : ان الاشهاد واجب في الرجعة والطلاق . وذلك خشية الجحود والانكار في كل منهما وان الله ذكر المراجعة والطلاق والاشهاد عليهما .

قال ابن حزم في المحلى [1] : فان راجع ولم يشهد فليس مراجعا لقول الله تعالى : « فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوي عدل منكم » لم يفرق الله عز وجل ، بين المراجعة والطلاق والاشهـــاد . فلا يجوز افراد بعض ذلك عن بعض . وكان من طلق ولم يشهد ذوي عدل متعديا لحدود الله تعالى. قال

---

(١) المحلى ١٠/٢٥١ .

رسول الله صلى الله عليه وسلم : من عمل عملا ليس عليه امرنا فهو رد .

وذهب الجعفرية إلى ان الاشهاد شرط في صحة الطلاق لا في صحة الرجعة فمن طلق ولم يشهد ذوي عدل فلا يصح طلاقه والزوجية قائمة .

ويجب على الشاهدين ان يسمعا صيغة الطلاق ولا تجوز الشهادة بالتسامع بل لا بد ان يسمعا لفظ الطلاق والا كان لغواً من القول .

جاء في المختصر النافع [1] الركن الرابع : في الاشهاد : ولا بد من شاهدين يسمعانه

وفي اصل الشيعة [2] ومن أهم شرائط الطلاق عند الامامية : حضور شاهدين عدلين .

فلو وقع الطلاق بدون حضورهما كان باطلا .

وجاء في مجمع البيان للطبرسي [3] في تفسير قوله تعالى : واشهدوا ذوي عدل منكم

قال المفسرون : أمروا ان يشهدوا عند الطلاق وعند الرجعة شاهدي عدل حتى لا تجحد المرأة المراجعة بعد انقضاء العدة ولا الرجل الطلاق .

وقيل معناه : واشهدوا على الطلاق صيانة لدينكم وهو المروي عن أئمتنا . وهذا أليق بالظاهر لانا اذا حملناه على الطلاق كان امراً يقتضي الوجوب وهو من شرائط صحة الطلاق .

ومن قال ان ذلك راجع إلى المراجعة حمله على الندب .

مناقشة الاراء :

اما ما ذهب اليه جمهور الفقهاء ان الامر في الاشهاد للندب فيعارضه أن الاصل في الامر انه للوجوب ولم تقم قرينة تصرفه عن ذلك ، وما ذكروه من انه لم ينقل الينا

---

(١) المختصر النافع ٢٢٢ .
(٢) أصل الشيعة ١٥٩ .
(٣) مجمع البيان ١٠٧/٢٨ .

ان احداً طلق امام شاهدين ، لا يصلح حجة للاستدلال . لانه قد نقل الينا اصحاب الاراء الأخرى حوادث تدل على لزوم الاشهاد حين الطلاق .

واما قياسهم الاشهاد في الطلاق على الاشهاد في البيع ، فقياس مع الفارق ، لأن البيع امر يجري بكثرة بين الناس فايجاب الاشهاد يحول دون سرعة التعامل . ثم ان البيع اتفاق بين ارادتين [1] وليس من الاهمية بمكان أهمية الطلاق الذي هو تصرف بارادة منفردة وامره يهم المجتمع باسره باعتبار ان الاسرة هي اللبنة الاولى في بناء المجتمع .

مناقشة ابن حزم :

واما ما ذهب اليه ابن حزم من وجوب الاشهاد على المراجعة والطلاق ، فقد استدل على ذلك على ما يظهر لي من قوله تعالى : فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف واشهدوا .. فرد الاشهـــاد على كل من الامساك وهو الرجعة والمفارقة وهي الطلاق .

وهذا محل نقد ذكره الفقهاء باسهاب لان المفارقة ليست الطلاق الذي حث الشارع على الاشهاد فيه ، لان المفارقة في هذه الآية هي ترك الزوجة التي انتهت عدتها في قوله تعالى : « او فارقوهن بمعروف » اي اذا انتهت عدة الزوجة ولم يراجعها الزوج فليفارقها مع تأدية حقوقها التي اوجبها الله من النفقة ومؤخر المهر وما لها عليه [2] .

مناقشة ابن تيميه :

وقد وجدنا ابن تيميه وهو صاحب الاراء المحققة الجريئة في نظام الطلاق فهم هذا

---

(١) روى ابن حزم في المحلى ٢٥١/١٠ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في المتبايعين : « انهما بالخيار مالم يتفرقا فاذا تفرقا أو خير أحدهما الاخر فاختار البيع فقد تم البيع .

(٢) قال ابن العربي في أحكام القرآن في تفسير قوله تعالى « أو فارقوهن » على حكم الطلاق الاول فيقع الفراق عند انقضاء العدة بالطلاق الماضي لترك الامساك بالرجعة اذ قد وقع الفراق به ، وانما له الاستدراك بالتمسك بالتصريح بالطلاق وسمي التمادي على حكم القرآن وترك التمسك بالتصريح بالرجعة فراقاً مجازاً ١٨٢١/٤ .

هذا الفهم ولهذا لم يشترط الاشهاد لانه ذكر ان قوله تعالى : اشهدوا ... يعود إلى المراجعة والمفارقة فالمراجعة يشترط فيها الاشهـــــاد . اما المفارقة فليست طلاقا حتى نشهد عليه .

جاء في فتاوى ابن تيمية [1] قال الله تعالى : اشهدوا ذوي عدل منكم فامر بالاشهاد على الرجعة والاشهاد عليها مأمور به باتفاق الامة قيل امر ايجاب وقيل امر استحباب .

وقد ظن بعض الناس ان الاشهاد هو على الطلاق ، وظن ان الطلاق الذي لا يشهد عليه لا يقع ، وهذا خلاف اجماع السلف وخلاف الكتاب والسنة ، ولم يقل احد من العلماء المشهورين به فان الطلاق اذن فيه اولا ولم يأمر فيه بالاشهاد وانما امر بالاشهاد حين قال : « فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف » .

والمراد منها بالمفارقة تخلية سبيلها اذا مضت العدة وهذا ليس بطلاق ولا برجعة ولا نكاح ، والاشهاد في هذا باتفاق المسلمين ، فعلم ان الاشهاد انما هو الرجعة .

ونلاحظ في هذا النص ثلاثة أمور :

١) ان الاجماع على عدم الاشهاد لأنه لم يقل احد من العلماء المشهورين بوجوبه في الطلاق .

٢) ان الاشهاد في الاية يعود إلى قوله تعالى : « فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف » .

٣) وان هذا الفهم ـ اي الاشهاد راجع إلى الرجعة والطلاق ـ هو ما اجمع عليه المسلمون .

ونحن نرى ـ ١ ـ انه لا اجماع على عدم الاشهاد بل قـــال بالاشهاد الجعفرية والظاهرية . وقال ايضاً به بحر هذه الامر الفقيه الصحابي عبد الله بن عباس كما نقل الطبري عنه وكما جاء في تفسير المحيط .

---

(١) فتاوى ابن تيمية ٣/٥٢ .

٢– ان الاشهاد في الآية يعود إلى قوله تعالى في صدر الآية : فطلقوهن لعدتهن .

٣– وقوله ان هذا الفهم هو ما اجمع عليه المسلمون غير دقيق فان الشيعة قالوا بان الاشهاد يعود إلى صدر الآية اي على الطلاق دون الرجعة كما ذكرنا .

وفي هذا يقول الامام محمد الحسين ال كاشف الغطاء في كتابه اصل الشيعة [1] :

« ان السورة الشريفة مسوقة لبيان خصوص الطلاق واحكامه حتى انها قد سميت بسورة الطلاق ، وابتدأ الكلام في صدرها بقوله تعالى : « اذا طلقتم النساء » ثم ذكر الزوج وقوع الطلاق في صدر العدة اي لا يكون في طهر المواقعة ولا في الحيض ولزوم احصاء العدة وعدم اخراجهن من البيوت . ثم استطرد إلى ذكر الرجعة في خلال بيان احكام الطلاق ، حيث قال تعالى : « فاذا بلغن اجلهن فأمسكوهن بمعروف » اي اذا اشرفن على الخروج من العدة فلكم امساكهن بالرجعة او تركهن على المفارقة . ثم عاد إلى تتمة احكام الطلاق فقال : « واشهدوا ذوي عدل منكم » اي في الطلاق الذي سبق الكلام لبيان احكامه » .

وخلاصة ما ذهب اليه الشيعة ان الأمر بالاشهاد غير راجع إلى قوله تعالى « فأمسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف » حتى نختلف في تفسير المفارقة وهل هي الطلاق ام ترك العدة حتى تنتهي عدتها ، بل ان الأمر بالاشهاد راجع إلى صدر الآية وهي قوله تعالى « فطلقوهن لعدتهن » وما ذكر بينهما استطراد لاحكام العدة والمراجعة .

جاء في السرائر [2] : وقوله تعالى : واشهدوا ... ظاهر الأمر في الشرع يقتضي الوجوب وهذا يوجب عود ذلك إلى الطلاق . وحمل الاشهاد على الاستحباب . ليعود إلى الرجعة عدول عن الظاهر في عرف الشرع بغير دليل . ولا يجوز ان يكون الأمر بالأشهاد متعلقاً بقوله تعالى « او فارقوهن بمعروف » لان المراد بذلك هنا ترك المراجعة والاستمرار على موجب الطلاق المقتضي للفرقة وليس بشيء يتجدد فعله فيفتقر إلى اشهاد

---

(١) أصل الشيعة ص ١١٢ .
(٢) السرائر ٣٣٥ .

ومما استدل به الشيعة على رأيهم بوجوب الاشهاد آثار كثيرة وردت عن أئمتهم ننقل بعضها مما جاء في جواهر الكلام [1] :

قال علي بن ابي طالب في خبر ابن مسلم لمن سأله عن طلاقه أشهدت رجلين عدلين كما أمر الله عز وجل فقال لا فقال اذهب فليس طلاقك بطلاق :

وقال الباقر والصادق في خبر زراره ومحمد بن مسلم ومن معهما : وان طلقها في استقبال عدتها طاهراً من غير جماع ولم يشهد على ذلك رجلين عدلين فليس طلاقه اياها بطلاق .

وقال الباقر ايضاً : الطلاق لا يكون بغير شهود .

وقال الصادق في خبر ابي الصباح : من طلق بغير شهود فليس بشيء .

وقال صاحب الجواهر : واعلم ان الظاهر من اشتراط الاشهاد انه لا بد من حضور شاهدين يشهدان بالطلاق . بحيث يتحقق معه الشهادة بوقوعه . وانما يحصل ذلك مع العلم بالمطلقة على وجه يشهد العدلان بوقوع طلاقها . فما اشتهر بين اهل زماننا من الاكتفاء بمجرد سماع العدلين صيغة الطلاق . وان لم يعلما المطلق والمطلقة بعيد جداً . بل الظاهر أنه لا أصل له في المذهب . فان النص والفتوى متطابقان على اعتبار الاشهاد ومجرد سماع صيغة لا يعرف قائلها لا يسمى اشهاداً قطعاً .

رأينا في الاشهاد :

والذي اراه ان في اشتراط الاشهاد حين الطلاق مزية كبرى تنسجم وتتلاءم مع حكمة تشريع الطلاق في الاسلام وانه ابغض الحلال إلى الله .

وقد رأينا من ناحية المنقول : ان الآية الكريمة صريحة في الاشهاد على الطلاق . وما قام من خلاف مرده : الخلاف حول تفسير المفارقة من قوله تعالى وما المراد منها هل الطلاق أم ترك المعتدة حتى تنتهي عدتها ؟ ... ولكنا رجحنا ان الاشهاد يعود إلى صدر الاية من قوله تعالى : « فطلقوهن لعدتهن » وما جاء بعد ذلك من احكام هو لبيان الرجعة

---

(١) جواهر الكلام ٥/٢٩٣ .

والعدة لا لبيان احكام الطلاق . وبهذا وضح تفسير الآية الكريمة .

ثم قلنا ان الاصل في الأمر هو للوجوب مالم تصرفه قرينة عن ذلك وهنا القرائن متوافرة مع الأمر بالوجوب لا للندب والاستحباب . فان سياق الاية وما جاء فيها من احكام كلها آمره يدل على ان الاشهاد ايضاً واجب فقوله تعالى : — فطلقوهن لعدتهن . وقوله : واحصوا العدة . واتقوا الله ربكم .

لا تخرجوهن من بيوتهن ، ولا يخرجن . تلك حدود الله ...

ثم يقول واشهدوا ذوي عدل .... ويختم الاية بقوله : واقيمو الشهادة لله . كلها اوامر على سبيل الوجوب فلماذا نصرفها إلى الندب بدون قرينة بل مع قيام القرائن على الالزام دون الارشاد .

يقول الاستاذ أحمد شاكر [1] : الامر للوجوب لأنه مدلوله الحقيقي ولا ينصرف إلى غير الوجوب كالندب الا بقرينة ولا قرينة هنا تصرفه عن الوجوب . بل القرائن هنا تؤيد حمله على الوجوب لان الطلاق عمل استثنائي يقوم به الرجل وهو احد طرفي العقد وحده . سواء أوافقته المرأة ام لا . فاشهاد الشهود يرفع احتمال الجحد ، ويثبت لكل منهما حقه قبل الآخر . فمن اشهد على طلاقه فقد اتى بالطلاق على الوجه المأمور به . ومن لم يفعل فقد تعدى حد الله الذي حده له فوقع عمله باطلاً لا يترتب عليه اي اثر من اثاره .

واما من ناحية المعقول فاننا نرى ان في اشتراط الاشهاد على الطلاق تضييق لدائرته في حدود الشرع الذي حرص على ان يكون الطلاق علاجاً حيث لا علاج سواه . وليس في اشتراط الاشهاد تضييق على ارادة الزوج فهو حر في التعبير عن قصده وارادته لادخل لاحد فيه ضمن حدود الشرع فالاشهاد يؤخر الطلاق ويعيق المتسرع من الرجال حتى يتبين له الرشد والصواب ، لأن الشاهدين لابد أن ينصحاه ان لم يزل الغضب حتى تلك اللحظة من نفس الرجل المطلق .

---

(١) نظام الطلاق في الاسلام ص ١١٨ .

ففوائد الاشهاد عديدة في هذا الموضوع :

١- ينسجم الاشهاد حين الطلاق مع الاشهاد حين الزواج فيحقق العلانية التي بمثلها تم التعاقد بين الزوجين . وفي هذا مصلحة كبرى تبدو لمن عرف خفايا النفوس من جحود ونكران الطلاق وما يتبع ذلك من عواقب نتيجة عدم اعلان الطلاق .

٢- يؤدي الاشهاد إلى التقليل من حوادث الطلاق فان حضور الشاهدين ان لم يصلا إلى عودة الحياة الزوجية إلى ما كانت عليه بعد ان تهدأ ثورة الزوج فعلى الأقل يخففان في حوادث كثيرة .

وليس في الاشهاد الا تعويق المتسرع الغضبان في طلاق زوجته كما قلنا اذ اننا لا نسلبه حقاً منحه اياه الشرع ولا نريد ان نسلب ارادته فنحكم بخلاف ما يقصد ويريد ولا نجبره على البقاء مع زوجة لا يريدها كل ما في الامر أن في اشتراط الاشهاد الحيلولة دون وقوع حوادث كثيرة ان لم نقل معظم حوادث الطلاق نتيجة غضب سرعان ما يزول فلعله يهدأ ريثما يحضر الشاهدان او لعل الشاهدين يصلحان ما بين الزوجين فتعود الامور إلى وضعها الطبيعي .

وبهذا تتحقق مبادىء الاسلام في الطلاق حيث نقضي بالاشهاد على الطلاق المنبعث عن هيجان نفسي وثورة غضب . ولا يبقى لدينا الا الطلاق المنبثق عن تفكير وتصميم بهدوء دون انفعال وبذلك تقل حوادث الطلاق وتضيق دائرته .

٣- وكما يقول العلامة القاسمي [1] « ان الامر بالاشهاد عند الطلاق ، يدل على ان الحلف بالطلاق او تعليق وقوعه بأمر كله مما لا يعد طلاقاً في الشرع لان ما طلب فيه الاشهاد ، لا بد ان ينوي فيه ايقاعه ويعزم عليه ويتهيأ له » .

وجدير بعصمة ينوي حلها وكانت معقودة اوثق عقد ان يشهد عليها شاهدي عدل .

ونظراً لأهمية اشتراط الاشهاد في الطلاق فقد اردت ان انقل رأي بعض كبار العلماء المعاصرين في هذا الأمر :

---

(١) تفسير القاسمي ١٦/٥٨٣٦ .

يقول استاذنا فضيلة الشيخ محمد ابو زهرة [1] ، بعد ان ذكر رأي المذاهب التي تقول بالاشهاد : وان ذلك معقول المعنى ، يوجبه التنسيق بين انشاء الزواج وانهائه ، فان حضور الشاهدين شرطا في الاشهاد .

وأنه لو كان لنا ان نختار للمعمول به في مصر لا خترنا ذلك الرأي ، فيشترط لوقوع حضور شاهدين عدلين ليمكنهما مراجعة الزوجين فيضيقا الدائرة ولكيلا يكون الزوج فريسة لهواه ، ولكي يمكن اثباته في المستقبل فلا تجري فيه المشاحنة وينكره المطلق ان لم يكن له دين ، والمرأة على علم به ولا تستطيع اثباته ، فيكون في حرج ديني شديد .

ويقول استاذنا فضيلة الشيخ علي الخفيف [2] ، وفي رأيي : ان اشتراط الاشهاد على الطلاق هو أقرب الآراء إلى تحقيق المصلحة وابعاده من ان يكون نتيجة غضب او انفعال وقتي ، وبذلك تضيق دائرة الطلاق .

ويقول الدكتور يوسف موسى [3] ، بعد ان ذكر وجهة نظر من قال بالاشهاد : « وهذه وجهة نظر يجب عدم التغاضي عنها ، فان في الاخذ بهذا الرأي ما يمهد السبيل للصلح في كثير من الحالات حقاً » .

ولهذا كله فاننا نقترح الا يقع الطلاق الا امام شاهدين عدلين تخفيفاً لحوادث الطلاق وتقليلا لوقوع كثير من حالاته التي منشأها الغضب والانفعال الوقتي .

ونرى وضع المادة التالية مع ما نقترحه من مواد .

لا يقع الطلاق الا امام شاهدين عدلين يسمعان صيغة الطلاق .

* * *

---

(١) الاحوال الشخصية أبو زهرة ص ٣٦٨ .

(٢) فرق الزواج ص ١٣١ .

(٣) الاحوال الشخصية للدكتور يوسف موسى ص ٢٧١ .

من آثار المؤلف

الأهلية والولاية في قانون الأحوال الشخصية السوري	طبع دار الحياة بدمشق	١٩٦٣
الزواج والطلاق	طبع جامعة حلب	١٩٦٥
المدخل لعلم الفقه	« « «	١٩٦٢
الملكية ونظرية العقد في التشريع الاسلامي	« « «	١٩٦٣
القواعد الكلية في الفقه الإسلامي	« « «	١٩٦٤
مصادر التشريع الاسلامي وطرق استنباط الأحكام	« « «	١٩٦٦
أصول الفقه الاسلامي		١٩٦٧
العرف والعادة وأثرهما في التشريع الإسلامي	طبع القاهرة	١٩٦١
المصالح المرسلة في الفقه الاسلامي	طبع دمشق (الآلة الكاتبة)	١٩٥٥
الأهلية والوصية والتركات (بالاشتراك مع الدكتور السباعي)	طبع جامعة دمشق-الطبعة الثالثة	١٩٦٧
الوسيط في قوانين الاحوال الشخصية العربية مع ردها لأصولها من المذاهب الفقهية (الجزء الأول): أحكام الزواج وآثاره	طبع دار الفكر بيروت	١٩٦٨
نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الاسلام	« « « «	١٩٦٨

تحت الطبع

الجزء الثاني : أحكام الطلاق

الجزء الثالث: النيابة الشرعية عن الغير

الجزء الرابع : أحكام الوصية وآثارها

الجزء الخامس : حقوق الاولاد والأقارب

الجزء السادس : التركات والمواريث

عبد الرحمن الصابوني
دكتور في الحقوق

مدى حرية الزوجين في الطلاق

في الشريعة الإسلامية

دراسة مقارنة

مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين
الأحوال الشخصية العربية



تقديم

الشيخ محمد أبو زهرة

الدكتور مصطفى السباعي

عبد الرحمن الصابوني
دكتور في الحقوق

رئيس قسم الشريعة الاسلامية
وأستاذ الأحوال الشخصية بجامعة حلب
مجاز من معهد الشريعة الاسلامية
للدراسات العليا بجامعة القاهرة
دبلوم في العلوم القانونية
شهادة اختصاص في الحقوق الخاصة

مدى حرية الزوجين في الطلاق

في الشريعة الإسلامية

دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية
وقوانين الأحوال الشخصية العربية والأجنبية

تقديم

الشيخ محمد أبو زهرة — الدكتور مصطفى السباعي

الطبعة الثانية
مزيدة ومنقحة

دار الفكر

الباب الثالث

الطلاق باتفاق الزوجين

وهو يتضمن

الفصل الاول : الخلع في الشريعة الاسلامية والقوانين العربية

الفصل الثاني : الطلاق باتفاق الزوجين لدى الامم القديمة والشرائع السابقة

الفصل الثالث : الطلاق باتفاق الزوجين في القوانين الاجنبية المعاصرة

تمهيد

يتم الزواج بايجاب وقبول من الزوجين أو من يمثلهما . والاصل في كل عقد تم بإرادتين أن ينتهي بالاتفاق أيضاً إذا كانت طبيعته تجيز ذلك .

أما الزواج فهو وإن كان عقداً ، ولكنه ليس كسائر العقود لما له من صفة قدسية ، حتى ان بعض الامم والشرائع لا تسميه عقداً بل نظاماً له قوانينه وتشريعاته الخاصة .

والإسلام وقد جعل الاصل في انهاء الحياة الزوجية هو الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة ، لم يغفل جانب المرأة في هذا الموضوع الخطير الذي يتصل بحياة المرأة ، كما أعطى للقاضي هذا الحق لأن الحياة الزوجية تتصل بكيان الاسرة نواة المجتمع التي تتكون من مجموعاته الأمة .

وفضلاً عن ذلك كله ، فقد أباح الإسلام للزوجين إذا ما اتفقا على انهاء الحياة الزوجية بينهما ، أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغاً من المال لا يتجاوز ما ساقه اليها من مهر – على ما ذهب اليه بعض الفقهاء – لقاء طلاقها لئلا يتضرر بما دفعه وتكبد من نفقات .

ولا يرد على هذا النظام الإسلامي ، اعتراض مفاده أن الزواج طالما تم بإرادتين فيجب كذلك ودائماً أن ينتهي باتفاق بين الرجل والمرأة ، والجواب على هذا أننا لو حصرنا حق الانفصال بين الزوجين بهذا الشكل وتعنّت أحد الطرفين وغالباً ما يفعل ذلك اضراراً بزوجه الآخر الذي لم يلجأ إلى طلبه إلا وهو في حالة الشقاق والخصام فلا يتحقق طلاق أبداً .

ولهذا جاء الإسلام فجعل الأصل أن يكون الطلاق بيد الرجل وأعطاه للمرأة في ظروف معينة سبق أن أشرنا اليها ، كما أعطى القاضي حق التفريق في حالات خاصة ، ثم أباح للزوجين أن ينهيا حياتهما الزوجية باتفاقهما .

ونظراً لأهمية هذا الموضوع فقد وضع الفقهاء شروطاً وأسباباً للطلاق بالاتفاق .

وسوف نبحث ما ذهب اليه الفقه الإسلامي والقوانين العربية في أحكام المخالعة بين الزوجين .

الفصل الاول

الخلع في الشريعة الاسلامية

المبحث الاول

حقيقة الخلع ومشروعيته

تعريف الخلع :

قلنا ان الفرقة بين الزوجين في الشريعة الإسلامية ، تكون بأشكال مختلفة ، فتارة تكون بإرادة الرجل ، وتارة تكون بحكم الشرع وتارة تكون بحكم القاضي ، وتارة تكون باتفاق بين الزوج وزوجته ، وفي هذه الحالة تسمى الفرقة بالخلع .

فما هو الخلع ؟

الخلع لغة : الازالة . يُقال : خَلع الرجل ثوبه خلعاً (بفتح الخاء) أي أزاله عن جسده .

وخلع الرجل زوجته خلعاً (بضم الخاء) أي أزال عصمتها . أو هو انهاء عقد الزواج على بدل تدفعه الزوجة لزوجها .

والخلع شرعاً :

إزالة عقد النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه .

وقد عرّفه الفقهاء بتعريفات شتى ، نذكر منها :

تعريف ابن نجيم من الاحناف في البحر الرائق[1] :

« إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها ، بلفظ الخلع أو ما في معناه »[2] .

تعريف النووي من الشافعية في المنهاج[3] :

« فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع[4] » .

تعريف البهوتي من الحنابلة في كشاف القناع[5] :

« فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة » .

تعريف الشهيد العاملي من الجعفرية في الروضة البهية[6] :

« الطلاق بعوض مقصود لازم لجهة الزوج » .

وعرّفه صاحب الجواهر بأنه إزالة قيد النكاح بفدية من الزوجة وكراهة منها له خاصة بدون العكس .

---

(١) البحر الرائق ٤/٧٧

(٢) وقال الزيلعي : ٢/٢٦٧ : اخذ المال بإزاء ملك النكاح بلفظ الخلع
وعرفه ابن الهمام في الفتح ٣/٢٠٠ « إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع » .
وراجع تعريف الحصكفي في الدر ١/٣٩٥ فانه يشبه تعريف البحر –
وقال في الجوهرة ٢/٥٩ عقد بين الزوجين المال فيه من المرأة تبذله فيخلعها او يطلقها .

(٣) نهاية المحتاج ٦/٤٧ .

(٤) وقد زاد الرملي في شرحه : بعوض مقصود راجع لجهة الزوج – المصدر السابق وعرفه ابن حجر في الفتح الباري ٤/٣٢٦ فراق الرجل زوجته ببدل قابل للعوض يحصل لجهة الزوج .

(٥) ومثله في الإنصاف ٨/٣٨٢ ومنتهى الإرادات ٣/١٨٤ وكشاف القناع ٥/١٦٧ .

(٦) الروضة البهية ٢/١٦٣ .

تعريف خليل من المالكية في مختصره[1] : الخلع هو « الطلاق بعوض » .

تعريف ابن حزم من الظاهرية في المحلى[2] :

« هو الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها فخافت أن لا توفيه حقه ، أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها ، فلها أن تفتدي منه ويطلقها إن رضي هو وإلا لم يجبر هو ولا أجبرت هي إنما يجوز بتراضيهما » .

تعريف الشوكاني في نيل الأوطار[3] : « فراق الرجل زوجته ببدل يحصل له » .

تعريف اطفيش من الاباضية في شرح النيل[4] : « فرقة بين الزوجين بردّها اليه صداقها وقبوله اياه » .

* * *

التعريف الذي نضعه للخلع :

الخلع هو إنهاء الحياة الزوجية بالتراضي بين الزوجين أو بحكم القاضي على أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغاً من المال لا يتجاوز ما دفعه اليها من مهر .

وقد راعينا في وضعنا هذا التعريف عدة أمور :

١ — ان الخلع قد يكون بطلب من الزوجة أو من الزوج .

٢ — وقد يتم بالتراضي بين الزوجين وإلا كان بحكم القاضي .

---

(١) حاشية الدسوقي ٤٠٦/٢ وقال الدردير تعليقاً على تعريف خليل « هذا هو الاصل فيه وقد يكون بلا عوض اذا كان بلفظ الخلع بدون عوض والجواب انه تعريف لأحد نوعي الخلع وترك تعريف النوع الآخر لكونه بديهياً » .

اما انا فأرجح ان عدم ذكر خليل (الخلع بلا عوض) في تعريفه لا للأسباب التي ذكرها الدردير والدسوقي بل لأن في مذهب مالك خلافاً حول هذا الموضوع فأشهب ينقل عن مالك ان الخلع لا يكون إلا بعوض ، فحسماً للنزاع اقتصر في تعريفه على ذلك . ويؤيد ذلك تعريف ابن رشد في المقدمات ١٠٧/٢ — الخلع : بذل جميع المال على الطلاق .

(٢) المحلى ٢٣٥/١٠ .

(٣) نيل الاوطار ٢٤٧/٦ .

(٤) شرح النيل ٤٨٠/٣ .

٣ ــ لا بد فيه من عوض تدفعه الزوجة لزوجها وإلا كان طلاقاً .

٤ ــ يجب أن لا يتجاوز ما تدفعه الزوجة لقاء ذلك مقدار مهرها لئلا يتعسف الزوج في قبوله .

٥ ــ ولم نتعرض في تعريفنا لأثر الخلع وهل هو فسخ أم طلاق نظراً للخلاف القائم وسيأتي تفصيل ذلك[1] .

---

(١) ويلاحظ أن بعض هذه الامور مختلف فيها بين الفقهاء انما وضعتها حسب المنهج الذي اخترته ورجحته في بحثي الخلع في هذا الكتاب .

مصدر الخلع

جاءت أحكام الخلع في القرآن والسنّة وانعقد الاجماع على ذلك .

١ – القرآن الكريم :

أما القرآن : فقد وردت آيات كثيرة أخذ منها الفقهاء أحكام الخلع واستنبطوا القواعد الفقهية التي سوف نتناولها بالشرح في هذا البحث ، ومما يجدر ذكره ان الآية التي جاءت بأحكام الطلاق هي الآية التي جاءت بأحكام الخلع . قال الله تعالى[1] :

« الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان . ولا يحلّ لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً ، إلا ان يخافا ألا يقيما حدود الله ، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ، تلك حدود الله ، ومن يتعدّ حدود الله فأولئك هم الظالمون » .

بعد أن ذكر الله تعالى أن الطلاق مرتان ، وعقب كل مرة إما إمساك بمعروف أو تسريح باحسان ، ذكر الله تعالى ان أخذ المال من الزوجة مما أعطاها محرم ، ثم استثنى من ذلك حالة واحدة هي : إذا ما خشي الزوجان عدم إقامة حدود الله فيما بينهما ، كبغض المرأة لزوجها أو سوء سلوكها في بيتها أو مع زوجها . ففي هذه الحال التي يحصل فيها الشقاق بين الزوجين لعدم حب أحدهما للآخر أو سوء خلقه أو سلوكه أو ارتكابه فاحشة مثلاً فأصبحت الحياة بينهما لا يراعى فيها أحكام الله التي شرعها للزوجين ، في هذه الحال يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته مالاً ليطلقها . ويسمى هذا بالخلع كما جاءت السنة النبوية بتطبيقه وشرح مجمله .

وهناك آيات أخرى جاءت ببعض أحكام الخلع :

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٢٩ .

قال الله تعالى[1] :

« وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً ، أتأخذونه بهتاناً واثماً مبيناً » .

وهذه الآية تمنع الزوج أن يأخذ مالاً من زوجته ليطلّقها إذا كان النشوز من جانبه بدليل قوله تعالى : وإن أردتم استبدال ... فالخطاب للزوج ومعناه : إذا رغب الزوج أن يستبدل زوجه ، أو أن يتزوّج زوجة أخرى فلا يظلم زوجته الأولى حتى تفتدي نفسها فيطلقها .

وقال الله تعالى[2] :

« وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير » .

وقال تعالى : « ان يتفرّقا يغن الله كلاً من سعته[3] . »

أي ان امرأة خافت من زوجها اعراضاً أو نفوراً أو كراهة بها أو حباً لغيرها ، فلا إثم عليها في هذه الحالة ان يصلح بينهما والصلح خير ، أي خير من الفراق[4] : ولم يذكر الفراق ولكن إذا لم يتم الصلح فلا بد من الفراق لتعذر استمرار الحياة بين زوجين لا يقيمان حدود الله في معاشرتهما .

* * *

دعوى نسخ الخلع :

قال ابو عبد الله بكر بن عبد الله المزني إن الخلع لا يجوز لأن آية الخلع : فإن خفتم ألا

---

(١) سورة النساء آية ٢٠

(٢) سورة النساء آية ١٢٨

(٣) سورة النساء آية ١٣٠

(٤) جاء في تفسير القاسمي ١٥٩٣/٥ : قال بعض مفسري الزيدية : وفي هذه الآية حث على الصبر على نفس الصحبة لقوله تعالى : والصلح خير اي خير من الفرقة وسوء العشرة .
وقال القاسمي في قوله تعالى : وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته . فيه زجر لهما عن المفارقة رغماً لصاحبه وتسليمه لهما بعد الطلاق ١٦٠٠/٥ .

يقيما حدود الله ....منسوخة بآية : وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً[1] .

جاء في تفسير الطبري[2] — عن عقبة بن أبي الصهباء قال :

سألت بكر بن عبد الله عن رجل تريد امرأته منه الخلع ، فقال : لا يحل له أن يأخذ منها شيئاً ، قلت : يقول الله تعالى ذكره في كتابه : « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » قال : هذه نسخت قلت : فانى حفظت ؟... قال حفظت في سورة النساء في قول الله تعالى : « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتاناً واثماً مبيناً » .

وللجواب على دعوى النسخ نقول :

إن النسخ لا يكون عادة إلا حين وجود تعارض بين حكمين أو آيتين لا يمكن الجمع بينهما فهل هذا يشمل موضوعنا [3] ؟

لدينا آيتان : الاولى تقول : فان خفتم ألا يقيما حدود الله ... فيها إباحة للزوج أن يأخذ من مال زوجته إذا خشي عدم اقامة حدود الله كأن تكون كارهة له أو مبغضة أو تسيء عشرته أو نحو ذلك .

والآية الثانية تقول : وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج والخطاب هنا للزوج ، أي إذا أراد الزوج أن يستبدل زوجته فالسبب هنا ليس من الزوجة بل من الزوج ولهذا قال

---

(١) ابو عبد الله بكر بن عبد الله بن عمرو بن هلال المزني البصري احد التابعين ومن كبار فقهائهم . روى عنه قتادة توفي سنة ١٠٦ . طبقات ابن سعد ١٥٢/٧ .

وابو عبد الله هذا غير المزني الفقيه الشافعي تلميذ الإمام الشافعي وترجمته : ابو ابراهيم اسماعيل بن يحيى المزني المصري ولد عام ١٧٥ واتصل بالشافعي سنة ١٩٩ توفي سنة ٢٦٤ قال الشافعي : المزني ناصر مذهبي وقد ظن استاذنا الجليل الشيخ علي الخفيف ان هذا هو الذي قال بالنسخ مع ان المزني لم يخالف استاذه فيما ذهب اليه — والمقصود الاول — فرق الزواج ص ١٦٤ .

(٢) تفسير الطبري ٥٨٠/٤ .

(٣) يقول الخضري في اصول الفقه ص ٤٥ : إن إبطال نص لاحق لنص سابق موقوف على احد امرين : ١) ان ينص اللاحق على انه ناسخ للسابق ٢) ان يكون بين النصين تناقض بحيث لا يمكن الجمع بينهما .

بعض الفقهاء لا يجوز للزوج إن كانت الاساءة والكراهية من جانبه ، أن يأخـذ عوضاً على طلاقه .

وقال جمهور الفقهاء يكره في هذه الحال .

فالله تعالى أباح الخلع في حال بغض الزوجة ونفورها ، وحظره في حال بغض الزوج ونفوره ، فهما آيتان لحكمين وحالين مختلفين فلا نسخ فيهما .

وان اجماع الصحابة ومَن بعدهم إلى عصرنا هذا على ان الخلع مشروع غـير منسوخ .

قال الطبري في تفسيره[1] : فأما ما قاله بكر بن عبد الله من ان هذا الحكم في جميع الآية منسوخ ... فقول لا معنى له .

* * *

٢ ــ السنة النبوية :

روي عن النبي عليه الصلاة والسلام في كتب الحديث الصحيحة روايات كثيرة في مشروعية الخلع ، سأذكر أهم ما اطلعت عليه منها ، وهي وان كانت تدور حول موضوع واحد بل حول خلع امرأة جاءت تشكو زوجها إلى النبي ﷺ الا انني اخترت جميع الروايات التي منها استمد الفقهاء أحكامهم .

جاء في صحيح البخاري[2] :

١) ــ عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : جاءت امرأة ثابت بن قيس ابن شماس[3] إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ما أنقم على ثابت في دين

---

(١) تفسير الطبري ٥٨٠/٤ .

(٢) صحيح البخاري ٣٣٠/٩ .

(٣) هو ثابت بن قيس بن شماس بن زهير بن مالك بن امرىء القيس .
كان خطيب الانصار ومن صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم . لم يشهد بدراً . وشهد احداً وبيعة الرضوان . راجع : تاريخ الاسلام للذهبي ٣٧١/١ . طبقات ابن سعد ٢٠٦/٥ اسد الغابة لابن الأثير ٢٢٩/١ الاصابة في ترجمة الصحابة لابن حجر ٢٠٣/١ اعلام النبلاء ٢٢٤/١ .

ولا خلق ، إلا اني أخاف الكفر [1] . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أفتردين عليه حديقته ؟ ... قالت : نعم ، **فردت عليه فأمره ففارقها .**

وجاء في سنن البيهقي [2] :

٢) — من طريق عطاء قال : أتت امرأة النبي صلى الله عليه وسلم وقالت : اني أبغض زوجي وأحب فراقه ، قال أتردّين عليه حديقته التي أصدقك ؟ ... قالت نعم وزيادة . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : **اما الزيادة فلا .**

وروى الطبري باسناده [3] :

٣) — عن عائشة : ان حبيبة بنت سهل كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس فضربها فكسر نُغضها [4] . فأتت رسول الله بعد الصبح فاشتكته . فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم ثابتاً فقال : خذ بعض مالها وفارقها .

قال : **ويصلح ذلك يا رسول الله ؟ ...** قال : نعم . قال : فاني أصدقتها حديقتين وهما بيدها . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : خذهما وفارقها ، ففعل .

وروى الحاكم في المستدرك [5] :

٤) — عن عكرمة انه قال : كان ابن عباس يقول : ان أول خلع كان في الإسلام أخت عبد الله بن أُبي . أنها أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله

---

(١) الكفر هنا معناه كفر العشير ، ومعنى كلامها انها تخشى إن بقيت تحت عصمته ألا تقيم حدود الله في صحبتها لأنها لا تستطيع أن تؤدي واجباتها نحو زوجها وهذا لا يجوز في الإسلام ، فخشية ذلك طلبت الفرقة . ويفسر كلمة الكفر رواية أخرى قالت فيها لا أطيقه بغضاً . قال الشوكاني ٢٤٨/٦ أي كفران العشير والتقصير فيما يجب له بسبب شدة البغض له .

(٢) سنن البيهقي ٣١٣/٧ .

(٣) تفسير الطبري ٥٥٦/٤ .

(٤) قوله : — فكسر نغضها بضم النون وسكون الغين — العظم الرقيق على طرف الكتف .

(٥) المستدرك ٢١٠/٢ — ٢١١ وقال الحاكم : هذا حديث صحيح الاسناد — ووافقه الذهبي وهو اسناد صحيح متصل — ورواه الطبري ٥٥٢/٤ .

لا يجمع رأسي ورأسه شيء أبداً اني رفعت جانب الخباء فرأيته أقبل في عدة ، فإذا هو أشدهم سواداً وأقصرهم قامة وأقبحهم وجهاً . قال زوجها : يا رسول الله اني أعطيتها أفضل ما لي ، حديقة . فان ردت علي حديقتي :

قال : ما تقولين ؟... قالت : نعم وإن شاء زدته . قال : ففرق بينهما .

٥) — وروى ابن عبد البر في الاستيعاب[١] : ان جميلة بنت أبي سلول كانت عند ثابت بن قيس فنشزت عليه ، فأرسل اليها النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا جميلة ما كرهت من ثابت ؟ قالت : والله ما كرهت منه ديناً ولا خلقاً إلا اني كرهت دمامته . فقال لها : أتردّين الحديقة ؟... قالت : نعم . فردت الحديقة وفرق بينهما .

وقد روى هذا الحديث الطبري وقال : وقد ذكر ان هذه الآية نزلت في شأنهما .

وروى الدارقطني [٢]

٦) — عن أبي الزبير ان ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده بنت عبد الله بن أبي ابن سلول وكان أصدقها حديقة فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أتردين عليه حديقته التي أعطاك ؟... قالت : نعم وزيادة . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أما الزيادة فلا ولكن حديقته . قالت : نعم . فأخذها وخلى سبيلها ، فلما بلغ ذلك **ثابت بن قيس ، قال : قد قبلت قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم .**

رواه الدارقطني باسناد صحيح وقال : سمعه ابو الزبير من غير واحد .

٧) — وروى أحمد في مسنده[٣] :

أن حبيبة بنت سهل الانصارية كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس وان رسول الله رآها عند بابه بالغلس فقال رسول الله : مَن هذه ؟... قالت : أنا حبيبة بنت سهل ،

---

(١) الاستيعاب ص ٧٣٢ — ٧٣٣ .
(٢) منتقى الاخبار من احاديث سيد الاخيار ٦/٢٤٧ .
(٣) مسند احمد ٦/٤٣٣ — ٤٣٤ .

لا أنا ، ولا ثابت ابن قيس !! لزوجها . فلما جاء ثابت قال له رسول الله : هذه حبيبة بنت سهل تذكر ما شاء الله ان تذكر . فقالت حبيبة : يا رسول الله كل ما أعطانيه عندي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خُذ منها . فأخذ منها وجلست في بيتها .

رواه الشافعي في الأم .

ورواه البيهقي في سننه[1] .

رواه عبد الرزاق في المصنف[2] .

رواه الطبري في تفسيره[3] .

وجاء هذا الحديث في تفسير قوله تعالى : « الطلاق مرتان » في أحكام القـــرآن للقرطبي[4] .

٨) ــ وروى الترمذي[5] ــ عن الربيع بنت معوذ انها اختلعت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرها النبي أو أمرت أن تعتد بحيضه. رواه الترمذي وقال : حديث الربيع الصحيح انها أمرت ان تعتد بحيضه .

٩) ــ وروى أبو داود والترمذي[6] ــ عن ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تعتد بحيضه ــ رواه أبو داوود والترمذي، وقال حديث حسن غريب .

١٠) ــ وروى البيهقي : ان ربيع بنت معوذ جاءت هي وعمها إلى عبد الله بن عمر وأخبرته انها اختلعت من زوجها في زمن عثمان فبلغ ذلك عثمان فلم ينكره فقال عبد الله ابن عمر : عدتها عدة المطلقة[7] .

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٣١٢/٧ – ٣٣ .

(٢) مصنف عبد الرزاق مخطوط مصور ج ٤ ص ١٧ معهد المخطوطات العربية .

(٣) تفسير الطبري ٥٥٥/٤ وانظر التعليق فإنه مفيد وتخريج هذا الحديث في هامش التفسير للاستاذ شاكر . ورواه السيوطي في الدر المنثور ٢٨٠/١ .

(٤) القرطبي . ٣ / ١٢٨

(٥) منتقى الاخبار ٢٤٦/٦ .

(٦) منتقى الاخبار . المصدر السابق .

(٧) السنن الكبرى للبيهقي ٣١٥/٧ .

١١) — وروى البخاري [١] : — عن عكرمة عن بن عبـــاس ان امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ، ثابت بن قيس ما اعتب عليه في خلق ولا دين ، ولكني أكره الكفر في الإسلام . فقـــال رسول الله : أتردين عليه حديقته ؟ ... قـــالت : نعم ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اقبل الحديقة وطلقها تطليقـــة [٢] .

* * *

الاجماع :

أجمع المسلمون على مشروعية الخلع . ولم يخـــالف إلا بكر بن عبد الله المزني ولكن الاجماع انعقد قبـــل خلافه .

قال مالك [٣] :

لم أزل أسمع ذلك من أهل العِلم ، وهو الأمر المجتمع عليه عندنا ، وهو أن الرجـــل

---

(١) صحيح البخاري ٩/٣٢٩ .

(٢) وقع خلاف حول نسبة امرأة ثابت بن قيس هل هي بنت سلول ام بنت عبد الله بن أبي أم بنت أبي — فقد جاء في رواية ابن عباس انها بنت سلول . وفي حديث أبي الزبير انها بنت عبد الله بن أبي سلول . وفي رواية للبخاري انها بنت أبي . قال ابن الاثير والنووي : انها اخت عبد الله وجزما بذلك .
ونقل ابن سعد في الطبقات : جميلة بنت عبد الله بن أبي — وقال الدمياطي والذي وقع في البخاري من انها بنت أبي وهم ، وقال ابن حجر : جميلة هي أخت عبد الله . لكن نسب أخوها إلى أبي كما نسبت هي إلى جدتها سلول .
وكذلك وقع خلا ف حول اسمها هل هي جميلة أم حبيبة بنت سهل؟.. قال البيهقي : اضطرب الحديث في تسمية امرأة ثابت ويمكن أن يكون الخلع تعدد من ثابت.قال ابن عبد البر: اختلف في امرأة ثابت بن قيس . فذكر البصريون انها جميلة بنت أبي . وذكر المدنيون انها حبيبة بنت سهل . وقال الذهبي في اعلام النبلاء : اسمها : جميلة بنت عبد الله بن أبي سلول . قال ابن حجر : الذي يظهر لي أنهما قصتان وقعتا لامرأتين لشهرة الخبرين وصحة الطريقين واختلا ف السياقين — طبقات ابن سعد ٨/٣٢٦ — فتح الباري ٩/٩٢٧ ، اعلام النبلاء ١/٦٩ نيل الاوطار ٦/٢٤٨ .

(٣) المدونة ٥/٢٢ تفسير القرطبي ٣/١٣٨ .

إذا لم يضر بالمرأة ولم يسئ اليها ولم توث من قبله وأحبت فراقه ، فانه يحل له أن يأخذ منها كل ما افتدت به كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم .

وقال ابن قدامه في الخلع :

وهو قول عمر وعثمان ... ولم نعرف لهم في عمرهم مخالفاً : فيكون اجماعاً[1] .

وجاء في فتح الباري : وأجمع العلماء على مشروعيته إلا بكر بن عبد الله المزني التابعي المشهور[2] .

وقد ذكر الشوكاني في فتح القدير بعد أن حكى رأي المزني قال :

وهو قول خارج عن الاجماع[3] .

وقال ابن عبد البر : ولا نعلم أحداً خالفه إلا بكر بن عبد الله المزني[4] فالاجماع منعقد على مشروعية الخلع .

* * *

---

(١) المغني ١٧٤/٨ .

(٢) فتح الباري ٣٤٦/٩ .

(٣) تفسير الشوكاني : فتح القدير الجامع بين الرواية والدراية ٢١٣/١ .

(٤) ١٧٤/٧ .

صفة الخلع

نريد أن نبحث هنا الأصل في الخلع وهـــل هو مكروه ، أم مباح بعد أن تتوفر شروطه .

هل الخلع مباح أم مكروه ؟.. بصرف النظر عمـــا يعتريه من حالات الوجوب ، كما لو حكم به حكمان أو أمر القاضي به .

أكثر من بحث الخلع من الفقهاء ، نظروا إلى مشروعيته وقالوا إنه طلاق والأصل في الطلاق الاباحة أو الحظر . بل بعضهم علّل ذلك بأن كل ما ذكر من كراهة أو تحريم هو فيما يتعلق بالعوض . أما الخلع فتسري عليه أحكام الطلاق . ولكني أرى أن قياس الطلاق على الخلع في الحظر والاباحة غير دقيق . فالطلاق هو فرقة تتم بإرادة الزوج وحده . أما الخلع فهو اتفـــاق بين الزوجين على انهاء الحياة الزوجية فالفرق بينهما واضح .

والحالة التي يكره فيها الخلع هي حين تطلب الزوجة من زوجها الطلاق بدون سبب يستوجبه . وبهذا جاءت الأحاديث التي تذم الخلع .

فإذا طلبت الزوجة الخلع وكان ذلك بدون سبب فهذا مكروه ولكن بالنسبة للزوج إذا ما طلّقها هل هذا يعتبر محظوراً لأنه طلاق بدون سبب ؟...

أعتقد ان طلب المرأة من زوجها أن يطلقها يعتبر سبباً يبيح له الطلاق لأن مَن تطلب الطلاق يصعب الحياة معها وإن استمرت فإلى أمد قريب .

أما آراء ونصوص الفقهاء التي اطلعت عليها في هذا الموضوع فاني أثبتها هنا لعلّ القارئ يجد فيها بعض ما وجدت أو يخالفني ولكل رأي فيما يفهمه ويراه .

جاء في الروضة الندية[1] : « لو اختلعت نفسها بلا سبب فجائز مع الكراهـــة لأن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه لم يفتشوا عن سبب الاختلاع من جانبها » .

---

(١) الروضة الندية ٢/٦٠ .

ولكني أقول إن النبي عليه السلام وإن لم يسأل زوجة ثابت عن سبب بغضها زوجها، فانها هي التي ذكرت له ذلك بقولها : لا أعتب على ثابت في خلق ولا دين ولكني لا أطيقه بغضاً . فماذا يسألها بعد ذلك .

واستشهد من قال بكراهية الخلع بأحاديث عن النبي عليه السلام منها :

ما رواه ثوبان قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة[1] : ولكن هذا الحديث صريح بأن كراهية الخلع إذا لم يكن هناك سبب يدعو اليه .

وبما رواه الحسن البصري عن أبي هريرة عن النبي عليه السلام : المنتزعات والمختلعات هن المنافقات[2] .

ولكن ابن حزم رد هذا الحديث وقال : قال الحسن : لم أسمعه من أبي هريرة ، فسقط الاستدلال بهذا الحديث[3] .

وقال ابن حجر : أخرجه أحمد والنسائي وفي صحته نظر لأن الحسن عند الأكثر لم يسمع من أبي هريرة[4] .

وجاء في تحفة المحتاج[5] : وأصله مكروه وقد يستحب كالطلاق .

وقال في مغنى المحتاج[6] : ولكنه مكروه لما فيه من قطع النكاح الذي هو مطلوب الشرع .

وجاء في فتح الباري[7] : وهو مكروه إلا في حال مخافة ألا يقيما حدود الله أو واحد منهما ما أمر به .

---

(١) تفسير الشوكاني ١/٢١٤ جاء في المغني ٨/١٧٤ وقال رواه ابو داود .
(٢) السنن الكبرى للبيهقي ٧/٣٧٦ .
(٣) المحلى ١٠/٢٣٦ .
(٤) فتح الباري ٩/٣٣٢ .
(٥) تحفة المحتاج ٧/٤٥٧ .
(٦) مغني المحتاج ٣/٢٦٢ .
(٧) فتح الباري ٩/٣٤٦ .

وقد ينشأ ذلك عن كراهة العِشرة إما لسوء ُخلق أو خَلق .

وقال الدسوقي[1] : إن الخلع جائز على المشهور وليس بمكروه .

وقيل يكره . وهو قول ابن القصار . واعلم أن الخلاف فيه من حيث المعاوضة على العصمة وأما من حيث كونه طلاقاً فهو مكروه بالنظر لأصله اتفاقاً . لقوله عليه السلام : أبغض الحلال إلى الله الطلاق .

وقال في المختصر النافع : لو خالعها والاخلاق ملتئمة لم يصح ولم يملك الفدية[2] .

وجاء في المغني[3] : إذا خالعت المرأة زوجها والحال عامرة والاخلاق ملتئمة فانه يكره لها ذلك .

وجاء في الانصاف [4] : وإذا كانت المرأة مبغضة للرجل ، أو تخشى أن لا تقيم حدود الله في حقه ، فلا بأس أن تفتدي نفسها منه . فيباح للزوجة ذلك .

والحالة هذه على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الاصحاب . وجزم الحلواني بالاستحباب .

---

(١) حاشية الدسوقي ٢/٤٠٦ .

(٢) المختصر النافع ٢٢٧ .

(٣) المغني ٨/١٧٥ .

(٤) الانصاف ٨/٣٨٣ .

المبحث الثاني

اركان الخلع

من التعريف الذي وضعناه للخلع نرى أنه لا بد من توافر الاركان التالية لتحققه :

١ ــ صيغة

٢ ــ زوج

٣ ــ زوجة

٤ ــ عوض

ثم نبحث أخيراً هل يشترط أن يكون الخلع لدى القاضي .

* * *

الفرع الاول

الصيغة

المطلب الاول ـ المعاطاة

هل يصح الخلع بالمعاطاة أم لا بد من الايجاب والقبول ؟.. أي هل يشترط للخلع صيغة يتلفظ بها الزوج والزوجة بينهما ؟... أم ان أي فعل منهما دلّ على ذلك جاز الخلع .

والمعاطاة هي مبادلة فعلية تدل على تبادل الارادتين دون تلفظ بايجاب وقبول[1] كما لو دفعت الزوجة لزوجها مالاً فأخذ الزوج المال ثم فارقها أو فارقته دون تلفظ بايجاب أو قبول فهل يصح الخلع[2] ؟

حرّم الفقهاء التعاطي في النكاح لأنه عقد يرد على المتعة الجنسية إذ لا فرق حينئذ بين النكاح والسفاح في هذا إلا أن النكاح له آثاره وخطورته ونتائجه الفعلية . فلو جاز التعاطي في النكاح بأن يدفع رجل لامرأة مبلغاً من المال دون أن يتلفظا وتعيش معه كزوجة لم يكن هذا دليلاً على زواج يميزه عن السِفاح المحرّم ولهذا قالوا لا بد من الايجاب والقبول اللفظيين .

---

(١) راجع المادة ١٧٥ مجلة الاحكام العدلية .

(٢) قال ابن تيمية في الاختيارات العلمية ٢٦٨/٣ للفقهاء في العقود ثلاثة أقوال : ـ ١) ـ ان الاصل في العقود انها لا تصح الا بالصيغة كالايجاب والقبول ٢) ـ انها تصح بالافعال فيما كثر عقده كالمبيعات بالمعاطاة وكالوقف، وكبعض أنواع الاجارة لان الناس تعارفوا على ذلك بخلاف المعاطاة في الاموال الجليلة فانه لا حاجة اليه ولم يجر به عرف ٣) ـ انها تنعقد بكل ما دل على مقصودها من قول او فعل فكل ما عده الناس بيعاً واجارة فهو بيع واجارة .

يقول استاذنا الجليل فضيلة الشيخ مصطفى الزرقا [1] :

فلو جاز التعاطي في عقد الزواج بأن يدفع رجل إلى امرأة مبلغاً من المال كمهر بقصد الزواج ، فتتابعه دون أن يتلفظا بعقد ، وتعيش معه ويتعاشرا كالازواج لما كان في هذا التعاطي دلالة ظاهرة على أكثر من التراضي على المعاشرة والاستمتاع وان مجرد التراضي على الاستمتاع لا يكفي في تمييز النكاح عن السفاح كما يكفي في تبادل الاموال ، بل لا بد من ظهور التراضي على غرض الزواج المشروع وتحمل نتائجه الشرعية ولا يظهر هـذا الغرض بصورة لا اشتباه فيها إلا التعبير اللفظي .

فلذلك أجمعت الاجتهادات الإسلامية على عدم انعقاد النكاح بالتعاطي دون الايجاب والقبول اللفظيين [2] ...

فهل يجوز التعاطي في الخلع ؟... كأن تدفع له مالاً معيناً وتفارقه دون تلفظ بايجاب أو قبول أم لا بد من الايجاب والقبول صراحة ؟...

لم أجد من أجاز ذلك صراحة إلا المالكية وبعض الحنابلة وبعض المذاهب نصت على تحريمه ، وبعضها الآخر سكت عن ذلك .

* * *

المعاطاة في الخلع عند المالكية :

أجاز المالكية الخلع بالمعاطاة إذا قام العرف دليلاً على قصد كل من الزوجين بالفرقة . فقالوا لا يشترط في هذه الحال الايجاب والقبول صراحة .

جاء في شرح الخرشي [3] :

« وكفت المعاطاة : اي كأن تعطيه شيئاً على وجه يفهم منه انه في نظير العصمة ويفعل

---

(١) المدخل الفقهي للاستاذ مصطفى الزرقا ص ٢٣٠ .

(٢) يقول القرافي في كتابه الفروق بعد ان ساق الادلة على تحريم انعقاد النكاح بالتعاطي : فهذه نصوص العلماء على اختلافها لم يقل فيها احد بالمعاطاة في النكاح كما قالوه في البيع ٣/١٤٣ و ٣/١٨٠ .

(٣) شرح الخرشي ٣/١٦٣ .

فعلاً يدل على قبول ذلك . كأن تكون عادتهم إذا خلعت سوارها من يدها ودفعته له أو خرجت من الدار ولم يمنعها انه طلاق . »

وقال الحطاب[1] :

« ولا يشترط أن يكون بصيغة خاصة بل تكفي المعاطاة . »

وقال الدردير [2] : « وكفت المعاطاة في الخلع عن النطق بالطلاق فيمن عرفهم المعاطاة . »

وقال الدسوقي [3] : « إن الفعل لا يقع به طلاق ولو قصد به الطلاق ما لم يجر عرف باستعماله في الطلاق وإلا فيقع به الطلاق . فان صاحبه عوض فهو بائن وإلا فهو رجعي . »

المعاطاة في الخلع عند الشافعية :

لا يجوز الخلع بالمعاطاة عند الشافعية بل لا بد من ايجاب وقبول بين الزوج وزوجه وما عدا ذلك من فعل فلا يدل على التراضي بينهما .

قال في مغني المحتاج « ويشترط قبولها فتقول قبلت أو اختلعت أو نحوه فلا يصح القبول بالفعل بأن تعطيه القدر »[4] .

* * *

المعاطاة في الخلع لدى الحنابلة :

اختلف الحنابلة : هل يقع الخلع بالمعاطاة أم لا يقع . وكل فريق روى عن الإمام أحمد ما يؤيد وجهة نظره .

قال أبو حفص وأبو علي بن شهاب : إن الخلع بالمعاطاة جائز . لما روى اسحاق ابن منصور عن أحمد قال : قلت لأحمد كيف الخلع ؟... قال : إذا أخذ المال فهي فرقة .

---

(١) مواهب الجليل ٣٧/٤ .

(٢) شرح الدردير ٤١٩/٢ .

(٣) حاشية الدسوقي المصدر السابق ٤١٩/٢ .

(٤) مغني المحتاج ٢٦٩/٣ .

وعن علي رضي الله عنه : من قبل مالاً على فراق فهي تطليقة بائنة لا رجعة فيها .

وإلى هذا مال ابن تيمية حيث قال : — ولعله هو الغالب على نصوص أحمد بل قد نص على ان الطلاق يقع بالفعل والقول[1] .

وقال القاضي أبو يعلى وابن حامد لا تقع الفرقة إلا بايجاب وقبول بناء على ان الفرقة فسخ النكاح والنكاح يفتقر إلى لفظ فكذا فسخه .

وقد أيد ذلك ابن قدامة فقال : لا يحصل الخلع بمجرد بذل المال وقبوله ، من غير لفظ الزوج[2] . »

وقال صاحب الشرح الكبير « ولأن الخلع إن كان طلاقاً فلا يقع بدون صريحة أو كناية وإن كان فسخاً فهو أحد طرفي عقد النكاح فيعتبر فيه اللفظ كابتداء العقد[3] . »

وجاء في الانصاف[4] « لا يحصل الخلع بمجرد بذل المال وقبوله من غير لفظ الزوج فلا بد من الايجاب والقبول في المجلس » .

المعاطاة في الخلع لدى الزيدية :

لا يجوز الخلع بالمعاطاة في المذهب الزيدي ، ولكني وجدت في الروض النضير[5] قولاً في صحة الخلع بالمعاطاة فقد جاء فيه :

واعلم أن الفقهاء شرطوا في صحة الخلع الايجاب أو ما في حكمه في مجلس العقد ، أو الخبر به قبل الاعراض وليس في الأدلة ما يفيده . وقد أشار المحقق الجلال إلى ذلك فقال ظاهر حديث اختلاع امرأة ثابت يقتضي بعدم اشتراط العقد وان المعاطاة كافية في صحة الخلع لأن رواية الموطأ وأبي داوود والنسائي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : خذ بعض مالها وفارقها .

---

(١) الاختبارات العلمية ٢٦٨/٣ .
(٢) المغنى ١٨٢/٨ .
(٣) الشرح الكبير ١٨٦/٨ .
(٤) الانصاف ٣٩٧/٨ .
(٥) الروض النضير ١٦٩/٤ .

المطلب الثاني ـ الصيغة التي ينعقد بها الخلع وتكييفها الفقهي

صيغة الخلع عند الاحناف :

الفرقة على مال عند الاحناف تكون إما بلفظ الخلع أو ما في معناه كالمباراة أو تكون بلفظ الطلاق على مال . والفرق بينهما ان الخلع أو المباراة من ألفاظ الكناية وأما الطلاق على مال فهو من الألفاظ الصريحة . فإذا خلت الفرقة عن المال ، فان كانت بلفظ الخلع كانت طلاقاً بائناً لأن الكناية يقع بها طلاق بائن وأما الطلاق على مال فيصبح رجعياً إذا خلى عن العوض[1] .

على أن الإمام محمداً لم يفرق بين الخلع والطلاق على مال وجاءت بعض كتب الاحناف دون أن تفرق بينهما .

قال القدوري[2] : الفاظ الخلع خمسة :

خالعتك ـ بارأتك ـ فارقتك ـ باينتك ـ طاقي نفسك على الف .

وبما ان الخلع من الكنايات فإذا خلا عن العوض أصبح طلاقاً على مال ولكنه بائن لأنه بلفظ الكناية وتسري عليه أحكام الكنايات[3] .

نستطيع أن نوفق بين رأي الاحناف في أن الخلع كناية ، وبين من يقول انه صريح ؛ إن الاحناف يقولون إذا اقترنت صيغة الخلع بالعوض كان صريحاً لأن العوض يقوم مقام النية ـ فعلى أشهر الروايات الثلاث عن أبي حنيفة التي تقول ان الخلع إذا لم يكن على مال كان مجرد طلاق بائن توحد المعنى وأصبح الخلع دائماً مقروناً بالمال وهكذا يصبح صريحاً لا كناية .

---

(١) وكذلك الحكم ما لو ظهر العوض فاسدا كما لو كان مالا غير متقوم وقع الطلاق بائناً ولا شيء للزوج ان كان بلفظ الخلع اما لو كان طلاقاً على مال وفسد العوض فالطلاق رجعي .

(٢) القدوري ٦٠/٢ ـ وجاء في تنوير الابصار : ان الخلع يكون بلفظ البيع والشراء والطلاق والمباراة كبعت نفسك او طلقتك على كذا ...

(٣) وقال صاحب الدر بشرحه ٣٩٦/١ والخلع في الكنايات ... فيعتبر فيه ما يعتبر .

التكييف الفقهي :

إن الخلع وإن كان لا يتم إلا بايجاب وقبول إلا ان أبا حنيفة لم يعطه حكم المعاوضة من الجانبين ، بل اعطاه حكم اليمين من جانب الزوج ، وحكم المعاوضة من جانب الزوجة . فاذا قال الزوج لزوجته خالعتك على الف ، فكأنه قال لها ان اعطيتني الفاً فانت طالق . والتعليق عند الاحناف في حكم الايمان ، فان قبلت والتزمت بالألف وقع الطلاق

وذهب الصاحبان ابو يوسف ومحمد الى ان الخلع من جانب الزوجة يمين أيضاً لانها بقبولها تكمل يمين الرجل ، فلا فائدة من تعليق الزوج كلامه اذا لم توافق الزوجة فيحصل جواب الشرط . ولهذا قالوا انه يمين من الجانبين . وعلى كل فان الراجح في مذهب الاحناف هو القول الاول الذي ذهب اليه أبو حنيفة .

وقد وضع الفقهاء ما يترتب على كون الخلع يميناً من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة أحكاماً عدة نلخصها فيما يأتي :

ما يترتب على كون الخلع يميناً من جانب الزوج [(١)] :

١ ـ إذا أوجب الزوج الخلع ابتداء بأن قال لزوجته خالعتك على الف مثلاً فلا يملك الرجوع عن ايجابه قبل قبول الزوجة . لأن ايجاب الخلع من الزوج معناه تعليق الطلاق على قبولها فهو يمين من جانبه فلا يملك الرجوع عنه ، أما لو كان معاوضة لصح رجوعه قبل قبولها .

٢ ـ لا يجوز للزوج أن يشترط لنفسه خيار الشرط فان شرط ذلك ، لغا الشرط وصح العقد ، كما لو قال لها خالعتك على الف ، على اني بالخيار ثلاثة أيام وقبلت وقع الطلاق ولزمها المال ولا عبرة بالشرط .

---

(١) المبسوط ١٧٣/٦ .

أما لو كان معاوضة في حقه لصح خيار الشرط وكان له ما شرط[1] .

٣ ـ إذا أوجب الزوج الخلع ، وقبل قبول الزوجة قام من مجلسه فلا يبطل ايجابه بقيامه . ولو كان معاوضة لبطل بقيامه لانتهاء المجلس قبل قبول الطرف الآخر .

٤ ـ يجوز للزوج أن يعلق ايجابه على شرط أو يضيفه إلى زمن مستقبل ، كأن يقول لها : ان تزوجت عليك فقد خالعتك على الف ، أو إن جاء أخوك فقد خالعتك على ألف أو خالعتك على الف بعد شهر ، فالايجاب صحيح . فإن قبلت الزوجة بعد تحقق الشرط أو وجود الزمن المضاف اليه وقع الطلاق وتم الخلع .

فلو كان الخلع معاوضة من جانب الزوج لما صح تعليقه على شرط ولا اضافته إلى المستقبل .

وليس للزوجة أن تقبل قبل تحقق الشرط أو مجيء الزمن المضاف اليه[2] .

اما ما يترتب على كون الخلع معاوضة من جانب الزوجة [3] .

اعتبر الخلع معاوضة من جانب الزوجة لأنها تعطي الزوج مالاً نظير طلاقها ، وهذه هي معاوضة بين طرفين بايجاب وقبول ، أحدهما يدفع المال والثاني يعطيه بدلاً عن ذلك المال تمليك نفسها أي طلاقها .

١ ـ يشترط في قبول الزوجة الخلع أن تكون عالمة معناه [4]وما يترتب على ذلك من التزامات . أما إذا لم تعلم كما لو خاطبها بلغة لا تفهمها مثلاً فلا يصح قبولها ، ولا يلزمها

---

(١) نقل ابن الهمام عن التجنيس رواية انه يجوز قبول الزوجة قبل تحقق الشرط وقال : من صور تعليق الخلع ان يقول ان دخلت الدار فقد خلعتك على الف فتراضيا عليه ففعلت مع الخلع » ـ فتح القدير ٢١٤/٣.

(٢) المبسوط ١٧٣/٦

(٣) المصدر السابق .

(٤) ومن البديهي ان نقول انه يشترط ان تكون كاملة الاهلية للتصرف وسنبحث هذا في بحث خاص ـ كما ان شروط التعاقد أيضاً يجب أن تتوفر فعيوب الرضا اذا شابت إرادة أحد المتعاقدين وخاصة الزوجة فلا يصح العقد كما في حالة الإكراه .

المال ، ولا يقع الطلاق . لأنه يشترط في المعاوضات العلم بمعنى الايجاب .

٢ ــ بما ان الخلع معاوضة من جانب الزوجة ، فلا بد أن يتم قبولها في مجلس الايجاب ، فإذا قال لها الزوج خالعتك على الف ثم خرجت من المجلس وقبلت بعد ذلك فلا يعتبر . لأن الايجاب يبطل حينئذ ولا بد من ايجاب وقبول من جديد .

أما إذا كانت غائبة عن مجلس الايجاب فيعتبر قبولها في مجلس علمها بالايجاب .

٣ ــ إذا أوجبت الزوجة الخلع ابتداء ثم قامت من المجلس أو قام الزوج قبل قبوله بطل الايجاب ، ولا بد من ايجاب جديد كما هو حكم المعاوضات .

٤ ــ للزوجة أن تشترط لنفسها الخيار[1] في مدة معينة لتقبل أو ترد فلو قال لها خالعتك على الف فقالت قبلت على ان لي الخيار ثلاثة أيام فقبل الزوج صح هذا الشرط[2] ، لأن اشتراط الخيار في المعاوضات جائز[3] .

٥ ــ ولا يجوز للزوجة أن تعلق ايجابها على شرط ولا أن تضيفه إلى زمن مستقبل ، لأن المعاوضات لا تقبل التعليق ولا الاضافة .

صيغة الخلع عند المالكية :

لفظ الخلع : والخلع عند المالكية لا يختص بلفظ معين ، فيقع بألفاظ مختلفة كالفدية والصلح والمباراة وكلها تؤول إلى معنى واحد . وهو بذل المرأة المال في سبيل طلاقها .

وقد فرق المالكية في هذه الالفاظ تفريقاً يتصل بالعوض الذي تدفعه المرأة لزوجها فقالوا :

---

(١) يقول الدكتور مدكور في تاريخ التشريع الاسلامي ص ٤٩١ وخيار الشرط شرع في الواقع لحماية المتعاقد من التزامه بعقد يكون الرضا فيه غير موفور والرغبة فيه لم تتأكد .

(٢) وقال ابو يوسف ومحمد : ــ لا يجوز للزوجة ان تشترط الخيار فاذا ما اشترطت لغا الشرط ووقع الطلاق ، وسبب خلافهما مع ابي حنيفة انهما يريان ان الخلع يمين من جانب الزوجين اما ابو حنيفة فكما قلنا يرى انه يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة .

(٣) ويسري حكم شرط الخيار كما في سائر العقود التي تقبل هذا الشرط .

وقد أثبت الروايتين معاً صاحب البهجة فقال[1] : إذا قصد ايقاع الخلع من غير عوض كان خلعاً عند مالك لأنه طلاق قصد أن يكون خلعاً فكان على ما قصده كالذي معه العوضّ . وقال أشهب يكون رجعياً .

التكييف الفقهي للخلع :

يرى المالكية ان الخلع معاوضة من الجانبين ، ومقتضى ذلك ان الحكم فيه من حيث الايجاب والقبول كالحكم في سائر المعاوضات[2] .

١) فيجب أن يكون القبول في المجلس فإذا قامت من مجلسها بطل الايجاب . وان يكون الايجاب موافقاً للقبول فإذا قال لها خلعت ثلاثاً بألف فقالت قبلت بواحدة بثلث الالف لم يلزم طلاق[3] .

شرط الرجعة في الخلع عند المالكية :

لو بذلت الزوجة عوض الخلع وشرط الزوج عليها ان له الرجعة فهل يصح هذا الشرط ويقع الخلع طلاقاً رجعياً أم لا يصح ؟...

روايتان عن مالك رواهما ابن وهب ؛ الأولى : وقال بها سحنون انه يصح الشرط وتثبت للزوج الرجعة . وعلل ذلك سحنون بقوله : ان الاتفاق بين الزوجين تم على طلاق رجعي أي على أن تنقص الطلقات طلقة واحدة وهذا جائز فالعوض يكون في مقابل هذه الطلقة الرجعية .

والرواية الثانية : انه لا يجوز ذلك لأنه شرط في العقد ما يمنع المقصود منه ، فان المقصود من الخلع هو البينونة بين الزوجين . وما دفعت الزوجة هذا العوض إلا لتتخلص من زوجها ، فثبوت الرجعة ينافي مقتضى العقد كما لو شرط في عقد النكاح أن لا يطأ[4] .

---

(١) البهجة للتسولى ٣٤١/١

(٢) راجع تاريخ التشريع الاسلامي للدكتور مدكور بحث مطابقة الايجاب للقبول في انعقاد العقود ص ٣٩٥ .

(٣) تفسير القرطبي ١٤٥/٣

(٤) وهذا بعكس مالو قالت له طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة بالف فان الطلاق يقع والعوض يلزم وذلك لانها تملك نفسها بهذا وتبين به .

صيغة الخلع عند الشافعية :

اللفظ :

إن لفظ الخلع أو المفاداة صريح في الطلاق فلا يحتاج معه لنية ، وذلك لأن لفظ الخلع تكرر على لسان حملة الشرع وجرى به العرف على إرادة الفرقة بين الزوجين . والمفاداة لورودها في القرآن .

وفي قول ان الخلع والمفاداة كناية لا صريح .

أما لفظ الفسخ فعلى القول بأن الخلع طلاق وهو الصحيح فان لفظ الفسخ كناية .

ذكر العوض : إذا كان الخلع بعوض وقبلت الزوجة وقع الطلاق بائناً والتزمت الزوجة بالمعوض .

اما اذا كان الخلع بدون عوض فله حالتان :

١) إذا لم ينف الزوج الخلع والتمس قبول الزوجة كأن يقول لها خالعتك أو فاديتك ، ونوى التماس قبولها فقبلت بانت منه ووجب عليها مهر المثل لأن العرف يقضي بذلك وتأخذ هذه الحالة حكم الخلع على مجهول[١] .

٢) أما إذا نفى الخلع صراحة كأن يقول لها خالعتك بدون عوض فالطلاق يقع رجعياً ولا تلتزم الزوجة بشيء .

هذا ما ذكره المنهاج وشراحه[٢] .

---

(١) مغني المحتاج ٢٦٨/٣ .

(٢) تحفة المحتاج ٤٧٨/٧

٣ ـ مطابقة الايجاب للقبول . أما لو قالت : طلقني بألف فطلقها على خمسمائة وقع الطلاق ووجب له خمسمائة فقط ، لأن ما طلبته من العوض داخل ضمن ما التزمت به ، بعكس ما لو أوجب الزوج فلا تجوز الموافقة الضمنية . أما لو قالت : طلقني بألف فطلقها على ألفين فلا يصح الايجاب للقبول .

قال ابن حجر في تحفة المحتاج[1] : ولو ضمنت ألفين طلقت بألف لوجود المعلق عليه في ضمنها بخلاف : طلقتك على الف فقبلت بألفين لأن تلك صيغة معاوضة تقتضي التوافق .

* * *

٢) **أما المعلق** : إذا كان الخلع من جانب الزوج بصيغة التعليق فلا يعتبر من المعاوضات بل تعليق محض من جانبه .

قال في مغني المحتاج[2] : لو بدأ الزوج بصيغة تعليق في الإثبات كمتى أو متى ما أعطيتني كهذا : فأنت طالق ، فتعليق محض من جانبه ، ولا نظر فيه إلى شبهة المعاوضة لأنه من ألفاظ التعليق ، فيقع الطلاق عند تحقق الصفة كسائر التعليقات ، وحينئذ فلا رجوع له قبل الاعطاء كالتعليق الخالي عن العوض في نحو : ان دخلت الدار فأنت طالق . ولا يشترط في القبول لفظاً ، لأن الصيغة لا تقتضيه ، ولا الإعطاء فوراً في مجلس التواجب .

وقال : أما لو بدأت الزوجة بطلب طلاق سواء أكان على جهة التعليق نحو : ان أو متى أو لم يكن على وجهة كطلقني على كذا فأجاب الزوج قولها فوراً ، فمعاوضة من جانبها . لأنها تملك البضع بما تبذله من العوض ، ففيها شوب جعالة ، لأنها تبذل المال في مقابلة ما يستقل به الزوج وهو الطلاق فإذا أتى به وقع الموقع وحصل غرضها كالعامل في الجعالة . فلها الرجوع قبل جوابه ، لأن هذا حكم المعاوضات والمبادلات جميعاً .

ويشترط فور لجوابه في محل التواجب في الصيغ السابقة المقتضية فوراً وغيرها كالتعليق

---

(١) تحفة المحتاج ٧/٤٩ .

(٢) مغني المحتاج ٣/٢٦٩

بمتى تغليباً للمعاوضة من جانبها بخلاف جانب الزوج ، فان طلق متراخياً كان مبتـــدئاً لا يستحق عوضاً . ويقع الطلاق حينئذٍ رجعياً .

* * *

الخلع بشرط الرجعة :

إذا شرط الزوج في صيغة الخلع أن يكون له عليها الرجعة كقوله : خالعتك بألف على أن لي عليك الرجعة فقبلت ، ففي المذهب الشافعي ثلاثة أقوال :

١) يقع الطلاق رجعياً ، ويرد المال ، كما جاء في فتاوى ابن الصلاح .

وعللوا ذلك ان شرطي المال والرجعة متنافيان فيتساقطان ويبقى الطلاق على أصله . وبما أن الأصل في الطلاق عند الشافعية أنه رجعي فيبقى على أصله ، أي لا عبرة بما شرط لأن الرجعة تثبت بالأصل لا بما شرط .

قال السيوطي في الاشباه والنظائر في القاعدة الخامسة والعشرون[1] :

« ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط ، فلو قال : طلقتك بألف على أن لي الرجعة ، سقط قوله : بألف ، ويقع رجعياً ، لأن المال يثبت بالشرط والرجعة بالشرع ، فكان أقوى » .

٢) وقال بعضهم بعدم الوقوع في حالة ما لو برأته من مهرها ، لأنه لا سبيل لوقوع الخلع إلا بصحة البراءة ، وصحتها تستلزم البينونة ، وهي تنافي قوله : انها رجعية .

٣) والقول الثالث ان الخلع بشرط الرجعة طلاق بائن بمهر المثل لأن شرط الرجعة إنما أفسد العوض والخلع لا يفسد فساد العوض فلا يسقط في هذه الحالة بل يقوم مهر المثل مقام بدل الخلع الفاسد .

صيغة الخلع عند الحنابلة :

اللفظ : ألفاظ الخلع عند الحنابلة ثلاثة منها صريحة ، وما عداها كناية ، فالالفاظ الصريحة في الخلع : الخلع والمفاداة والفسخ . وقالوا الخلع ورد به العرف . والمفاداة جاءت في القرآن ، والفسخ حقيقة فيه

---

(١) الأشباه والنظائر ص ٣٤٩

ويختلف المذهبان في أن الراجح أو الصحيح عند الشافعية ان الخلع طلاق والصحيح عند الحنابلة انه فسخ .

* * *

التكييف الفقهي للخلع عند الحنابلة :

والخلع معاوضة من الجانبين ما لم يكن الايجاب بالخلع صادراً من الزوج بصورة تعليق فانه حينئذ يكون تعليقاً .

واحكام المعاوضة في الحالة الأولى تسري عليها أحكام الايجاب والقبول وتوافقهما والتراضي[1] .

١) فلكل من الزوجين الرجوع عن ايجابه قبل قبول الآخر .

٢) ويتقيد القبول بالمجلس .

٣) يشترط موافقة الايجاب للقبول هذا إذا كانت صيغة الخلع غير معلقة بأن كانت منجزة .

وأما التعليق فعلى الرأي الراجح بأن الخلع فسخ ففيه خلاف حول قابلية الفسخ للتعليق ارجحها انه لا يجوز[2] .

وعلى القول بصحة تعليق الخلع :

١) لا يجوز للزوج الرجوع قبل قبول الزوجة .

٢) ولا يتقيد القبول بالمجلس .

٣) ويشترط موافقة الايجاب للقبول .

---

(١) المقنع ٢١٠ .

(٢) جاء في الانصاف ٤١٢/٨ لا يصح تعليقه بقوله : ان بذلت لي كذا لقد خلعتك وقال في باب الشروط في البيع : ويصح تعليق الفسخ بشرط . وقال ابو الخطاب والشيخ تقي الدين : لا . قال ابن نصر في حواشيه : عدم الصحة اظهر لان الخلع عقد معاوضة يتوقف على رضا المتعاقد به فلا يصح تعليقه بشرط كالبيع .

جاء في المغني[1] : وتعليق الطلاق على شرط تعطيه أو الضمان أو التمليك لازم من جهة الزوج لزوماً لا سبيل إلى دفعه . فان الغالب فيها حكم التعليق المحض بدليل صحة تعليقه على الشروط ويقع الطلاق بوجود الشرط سواء كانت العطية على الفور أو على التراخي .

وقال في الشرح الكبير [2] : وكل موضع علق طلاقها على عطيتها إياه فمتى أعطته على صفة يمكنه القبض فيه وقع الطلاق .

صيغة الخلع عند الزيدية :

ذهب الزيدية إلى أن الخلع يكون صريحاً في الطلاق ويكون كناية لا يقع إلا بالنية لأنه يحتمل أكثر من معنى .

ففي الروض النضير[3] : انه لو قال لها خالعتك فكناية خلع وقيل صريح .

ومثل ذلك في المنتزع المختار[4] — فقد ذكر ان لفظ الخلع كناية والطلاق على مال صريح ولكنه قال عن بعض فقهاء الزيدية ان لفظ الخلع والمبارأة صريح لا كناية .

وأمام هذا الاختلاف حول صيغة الخلع هل هي صريحة أم كناية فقد رجعت إلى أكثر من كتاب فوجدت نصاً في البحر الزخار يوضح ذلك قال[5] :

« ولفظ الخلع كناية فيقبل قوله انه أراد غير الطلاق لاحتماله إذ الظاهر خلافه ، وإن أتى به عقيب ذكر العوض لم يقبل قوله اذ هو قرينة للطلاق » .

والذي فهمته من هذا النص ان الأصل في الخلع انه كناية ، فلا يقبل فيه الطلاق إلا بالنية لأنه يحتمل أكثر من معنى إلا أنه إذا اقترن الخلع بالعوض أصبح صريحاً ولا يقبل احتمالاً آخر ، فكأن المال قام مقام النية واعتبر قرينة عليها .

---

(١) المغني ٨/٢٠٠ .
(٢) الشرح الكبير ٨/٢٠٧ .
(٣) الروض النضير ٤/١٦٧ .
(٤) المنتزع المختار ٢/٤٥٠ .
(٥) البحر الزخار ٣/١٧٩ .

والفرق بين الخلع بعقد والخلع بشرط [1] :

١) انه لا بد في الخلع بعقد من القبول في مجلس العقد أو مجلس العلم به والا لم يصح بخلاف الشرط .

٢) انه يعتبر نشوز الزوجة في الخلع بالعقد حال القبول أما الخلع بالشرط فانه يعتبر حال حصول الشرط .

٣) ان الخلع بالعقد تلحقه الاجازة . فلو قام فضولي بالايجاب نيابة عن الزوج أو الزوجة فأجاز هذا فقبل الطرف الآخر وقع الطلاق .

٤) انه يصح الرجوع لملتزم العوض سواء أكانت هي أم غيرها في العقد قبل الطلاق من الزوج إذا تقدم منها أو من غيرها الطلب . بخلاف الشرط فلا يصح الرجوع فيه من ملتزم العوض وأما الزوج فلا يصح رجوعه فيها .

* * *

شرط الرجعة في الخلع عند الزيدية :

لا يجوز عند الزيدية شرط الرجعة في الخلع لأنه يتنافى مع المقصود من الخلع وهو البينونة ، ولهذا قالوا إذا شرط الزوج الرجعة في الخلع بطل الشرط . وفرقوا بين حالتين : إذا اتبع الصيغة بالشرط فلا خلاف ان الشرط لاغ ، وأما إذا اقترنت الصيغة بالشرط ففي الغاء الشرط اختلاف . الصحيح انه يلغو الشرط أيضاً ويصح الخلع .

قال في المنتزع المختار[2] :

إذا شرط في عقد الخلع أن يكون له الرجوع عليها ، صح الخلع ويلغو شرط صحة الرجعة أي يبطل . فلو قال : خالعتك على الف فقبلت ثم قال و لي عليك الرجعة أيضاً لغا الشرط بلا خلاف .

وأما إذا قالت خالعتك على ألف على أن تكون لي الرجعة عليك فالصحيح انه يلغو الشرط أيضاً ويصح الخلع . وقيل يكون تطليقة رجعية . والاصح الأول .

---

(١) التاج المذهب ١٧٨/٢ .
(٢) المنتزع المختار ٤٣٨/٢ .

صيغة الخلع لدى الجعفرية :

الفرقة على مال عند الجعفرية تكون بألفاظ عدة تختلف أحكامها في بعض المسائل بعضها عن بعض وهي : الخلع والمبارأة ، وما يشتق منها . والطلاق على مال .

فالخلع يكون حين تنفرد الزوجة بكراهتها للرجل .

والمبارأة حين تكون الكراهية من جانب الزوجين .

أما الطلاق على مال فلا يشترط فيه الكراهية .

وأما من حيث انعقاد الخلع بين الطرفين ففيه أقوال وأحكام عدة[1] :

١) قيل انه عقد معاوضة ينعقد بايجاب وقبول في نفس المجلس ومقتضى ذلك أن تسري عليه أحكام العقود في المعاوضات[2] .

٢) وقيل يكفي سؤال الزوجة زوجها الطلاق فيجيبها الى ذلك .

٣) وقال بعضهم ان الخلع لا يجوز ولا ينعقد الا بعد أن تقول الزوجة لزوجها لا اغتسل لك من جنابة ولا أقيم لك حداً ولأوطئنّ فراشك من تكرهه ..

٤) وقال بعضهم لا يجوز أن يكون الموجِب في عقد الخلع الزوج بل لا بد ان تكون الزوجة هي التي تطلب منه ذلك من غير أن يضرّ بها .

وعلى هذا القول اذا خالعها دون كراهة منها لا يصح الخلع ، ولا يملك العوض . ويقع الطلاق رجعياً . وسيأتي بحث شرط الكراهية .

* * *

هل يقع الخلع بمجرد الايجاب والقبول ام لا بد من اتباعه بالطلاق :

اختلف الجعفرية في وجوب اتباع عقد الخلع بين الزوجين بلفظ الطلاق على قولين :

١ ــ قيل أنه يقع بلفظ المخالعة اذا ما تم قبولها .

---

(١) الاستبصار ٣/٣١٩ التهذيب ٢/٢٧٦ الكافي ٢/١٢٣ .

(٢) وعقد الخلع في رأي انه عقد غير لازم عند الجعفرية ما دامت في العدة لان للزوجة ان ترجع في البذل ما دامت في العدة .

٢ ــ وقيل لا يقع الا اذا أتبعه بطلاق ما دامت الزوجة في العدة[١] .

وجاء في المختصر النافع [٢] وفي وقوعه مجردا قولان :

قال علم الهدى : نعم وقال الشيخ لا حتى يتبع بالطلاق . ولو تجرد كان طلاقاً عند المرتضى ، وفسخا عند الشيخ لو قال بوقوعه مجرداً .

جاء في مختلف الشيعة[٣] والصحيح من مذهب أصحابنا ان الخلع بمجرده لا يقع ولا بد من التلفظ بالطلاق .

وفي أصحابنا من قال : لا يحتاج معه الى ذلك بل نفس الخلع كاف فيه .

وقال في السرائر[٤] : فأما ما ذهب اليه بعض أصحابنا الى أنه تقع الفرقة بمجرد الخلع دون أن يتبع بطلاق فغير معتمد لان الاصل الزوجية فمن ابانها بهذا يحتاج الى دليل ولا دليل له من كتاب ولا سنة أو إجماع .

وقال في اللمعة الدمشقية[٥] : وصيغة الخلع أن يقول الزوج خلعتك على كذا ثم يتبعه بالطلاق على القول الاقوى .

وقال صاحب الروضة البهية[٦] : وذلك لرواية موسى بن بكير عن الكاظم قال : المختلعة يتبعها بالطلاق ما دامت في عدتها .

---

(١) لم اجد تعليلا لما ذهب اليه الجعفرية في وجوب اتباع لفظ الطلاق بعد الخلع ، الا انه من الممكن أن نقول ان صيغة التعليق في الطلاق عندهم لاغية لا تصح ، فالتعليق باطل لا يقع به طلاق ولعل في صيغة الخلع مجرداً بعض التعليق . فهو تعليق الطلاق على دفع المال .

وهنا أشير الى ناحية هامة لم اجد أحداً تعرض اليها وهي هل تحسب هذه الطلقة في العدة طلقة ثانية املا ؟ .. قد يظن لاول وهلة انها طلقة ثانية ولكن الشيعة الجعفرية لا يوقعون الطلاق في العدة فهي طلقة الخلع ولذلك فهي طلقة واحدة . اذ لم يعتبروا صيغة الخلع طلقة الا في اتباعها بهذه الطلقة .

(٢) المختصر النافع ص ٢٢٧ .

(٣) مختلف الشيعة ص ٤٤ .

(٤) السرائر ص ٣٥٠ .

(٥) اللمعة الدمشقية ص ١٦٣/٢ .

(٦) الروضة البهية ص ١٦٢/٢ .

« وقيل يقع بمجرده من غير اتباعه به ، ذهب اليه المرتضى وابن الجنيد وتبعهم العلامة في المختلف لصحيحة محمد بن اسماعيل بن بزيع أنه قال للرضا في حديث قد روى انها لا تبين حتى تتبع بالطلاق قال : ليس ذلك خلعاً .

فقلت تبين منه قال ؟ : نعم . »

وسواء أكان الخلع متبوعاً بالطلاق أم لا . أي على كلا القولين لا بد من قبول المرأة عقيبه .

* * *

ملاحظاتنا على ما جاء في الروضة البهية :

ان ملخص ما جاء في هذا النص ان في الفقه الجعفري قولان بوجوب اتباع الخلع بالطلاق .

١ ــ لا بد من أن يتبع الخلع بالطلاق لرواية موسى بن بكير عن الكاظم .

٢ ــ يقع بمجرد صيغة الخلع ، ولا يحتاج الى طلاق لصحيحة محمد بن اسماعيل بن بزيع .

ومن ذهب الى هذا الرأي العلامة في المختلف .

١) وقد رجعت الى كتاب مختلف الشيعة فلم أجد رأي الشيخ كما نقل صاحب الروضة بل جاء فيه : والخلاف الصحيح في مذهب أصحابنا ان الخلع بمجرده لا يقع ، ولا بد من التلفظ بالطلاق ، وفي أصحابنا من قال : لا يحتاج معه الى ذلك بل نفس الخلع كاف فيه[1] .

ثم رجعت الى كتب الأحاديث لدى الجعفرية فوجدت الحديثين اللذين اعتمد عليهما في نقل المذهب :

أ ــ الاول وجدته في التهذيب[2] ، ونصه : المختلعة يتبعها الطلاق ما دامت في عدتها .

---

(١) مختلف الشيعة في مخطوطات الجامعة العربية ويوجد نسخة منه في دار التقريب ص ٤٤ .

(٢) التهذيب ٢/٢٧٢ وسنده : ما رواه علي بن الحسن بن علي عن علي بن الحكم وابراهيم بن ابي بكر بن ابي سماك عن موسى بن بكر عن أبي الحسن الاول عليه السلام قال : ...

ب ــ والثاني وجدته في الاستبصار[1] ، ونصه : عن محمد بن اسماعيل بن بزيع قال : سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن المرأة تباري زوجها أو تختلع منه بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع ، هل تبين منه بذلك ؟ او هي امرأته ما لم يتبعها الطلاق ؟ فقال : تبين منه ، فان شاء ان يرد اليها ما أخذ منها وتكون امرأته فعل . قلت : أنه قد روي أنها لا تبين حتى يتبعها بالطلاق . قال : ليس ذلك خلع . فقلت تبين منه ؟ قال : نعم [2] .

والشيء الذي لفت نظري ما علق به الطوسي على هذا الحديث حيث قال[3] :

« فالوجه في هذا الخبر أيضاً ما قدمناه من حمله على التقية ، ويكون قوله ليس ذلك اذا خلع ــ يعني عندهم ــ ولا يكون المراد بذلك أن ذلك ليس بخلع عندنا .. »

ولكن أئمتهم المعاصرين قالوا : يجمع بين صيغة الخلع وصيغة الطلاق معاً . فقد جاء في المذاهب الخمسة[4] : « ان شاء جمع بينهما ، واكتفى بواحدة ، فتقول هي : بذلت كذا لتطلقني ، فيقول هو : خلعتك على ذلك فأنت طالق . وهذه الصيغة هي الاحوط والأولى عند جميع الإمامية » .

المبارأة :

وأما المبارأة : فلا بد فيها من اتباع الطلاق ، وصيغتها أن يقول الزوج : بارأتك على ألف . فتقول : قبلت . وهي تترتب على كراهية كل من الزوجين لصاحبه ، بخلاف الخلع حيث يشترط أن تكون الكراهية من الزوجة[5] . جاء في مختلف الشيعة[6] :

---

(١) الاستبصار ٣/٣١٨ .
(٢) الاستبصار ٣/٣١٨ .
(٣) المذاهب الخمسة ١٦٣ .
(٤) وجاء في مختلف الشيعة ص ٤٣ وروى الصدوق في الصحيح عن حماد عن الحلبي عن الصادق عليه السلام قال : عدة المختلعة عدة المطلقة وخلعها طلاقها . وهي تجزي من غير أن يسمى طلاقاً .
(٥) المختصر النافع ص ٢٢٨ .
(٦) مختلف الشيعة ص ٤٤

قال الشيخ في التهذيب والاستبصار : الذي أعمل عليه في المبارأة أنه لا يقع بها فرقة ما لم يتبعها بالطلاق ، وهو مذهب جميع أصحابنا المحصلين من تقدم منهم ومن تأخر .

وقد رجعت الى التهذيب[1] ، فوجدت حديثاً عن أبي عبد الله عليه السلام قال : المبارأة تبين من غير ان يتبعها الطلاق .

كما رجعت الى الاستبصار[2] ، فوجدت أيضاً حديثاً عن أبي جعفر عليه السلام يقول : المبارأة تبين من ساعتها من غير طلاق ولا ميراث بينهما ، لأن العصمة بينهما قد بانت ساعة كان ذلك منها ومن الزوج .

وقد وجدت بعد هذا تعليقاً أثبته بنصه ، لعل اخواننا الشيعة يجدون فيه بعض ما وجدت ، فيعملون على ما أرجوه لهم ويرجوه كل مخلص لهذا التراث الفقهي الثمين :

قال محمد بن الحسن : هذه الاخبار اوردناها على ما رويت ، وليس العمل على ظاهرها ، لان المبارأة ليس يقع بها فرقة من غير طلاق ، وانما تؤثر في ضرب من الطلاق في أن يقع بائناً لا يملك معه الرجعة ، وهو مذهب جميع فقهاء اصحابنا المتقدمين منهم والمتأخرين لا نعلم خلافاً بينهم في ذلك . والوجه في هذه الأخبار ان نحملها على التقية لأنها موافقة لمذهب العامة ولسنا نعمل به[3] .

وعلى كل فهذا الذي جاء في كتب الأحاديث التي أشاروا اليها في كتب الفقه عندهم ، وتلك أقوالهم التي نقلوها الينا ، على ان الأمر مجمع عليه تقريباً ، ان المبارأة يجب أن يتبعها طلاق .

وتمشياً مع القواعد العامة لمذهبهم فالعبرة لما جاء في كتب الفقه لا ما جاء في كتب

(١) التهذيب ٧٨/٢ وسنده التهذيب : عن جعفرية محمد بن حكيم عن جميل بن دراج عن ابي عبد الله قال : — ...

(٢) الاستبصار ٣١٩/٣ وسنده الاستبصار : عن عمرو بن عثمان عن الحسن بن محبوب عن علي بن رئاب عن عمران قال سمعت ابا جعفر عليه السلام يقول : ...

(٣) الاستبصار ٣٢٠/٣ ومذهب العامة عندهم : مذاهب جماهير المسلمين ويعنون خاصة مذاهب أهل السنة والجماعة .

الاحاديث ، وخاصة اذا كانت كتب الفقه تأخذ عن كتب الأحاديث وتستنبط أحكامها . ولأننا لا نستطيع أن نقول : انهم لم يطلعوا على هذه الأحاديث حتى نرجح في مذهبهم ما جاء في الحديث ، على اعتبار أنه الاصل في استنباط الفروع . ولسنا في مجال الاجتهاد في مذهبهم حتى نصحح لهم ذلك . ولهذا فاني أعود الى ما جاء في كتب الفقه المتداولـــة عندهم .

قال في المختصر النافع[1] : ويشترط اتباعها بالطلاق على قول الاكثر .

والفرق بين الخلع والمبارأة عندهم :

١) لا يجوز في المبارأة أن يأخذ الزوج منها أكثر مما أعطاها .

٢) يجب اتباع المبارأة لفظ الطلاق على قول الأكثر .

٣) لا يجوز المبارأة الا حين وجود الكراهية من جانب الزوجين ، أما الخلع فيشترط أن يكون من جانب واحد .

ويتفقان :

١) من حيث أن شروطهما شروط الطلاق « القصد والاختيار والطهر والشهود » — وقد مر معنا ذلك في باب الطلاق بالارادة المنفردة .

٢) في كل من الخلع والمبارأة يجوز للمرأة أن ترجع عن البذل ما دامت في العدة ، فيراجعها زوجها ان شاء . وسيأتي شرح ذلك .

ما نقله الاستاذ الشيخ علي الخفيف في هذا الموضوع :

يقول الاستاذ الخفيف[2] : فاذا خلت صيغة المبارأة من لفظ الطلاق لم يقع بها شيء اجماعاً .

ولعل استاذنا اكتفى بما جاء في كتاب الشرائع : وتقف الفرقة في المبارأة على التلفظ بالطلاق اتفاقاً منا وفي الخلع على الخلاف .

---

(١) المختصر النافع ص ٢٢٨ .

(٢) فرق الزواج ص ١٤٩ .

ان سبب الخلاف في النقل عن المذهب الجعفري يعود الى المذهب نفسه ، والى مبدأ التقية ، الذي يسير عليه الفقه الجعفري . وقد تتبعت هذا الموضوع فأسفت لما وصلت اليه من ان اخواننا الشيعة يذكرون الاحاديث ويسمونها الاخبار عن أئمتهم ، لانهم لا يروون عن غيرهم ، فاذا ما تعارض حديثان فسرعان ما يردون الحديث الذي رواه الجمهور جمهور أهل السنة ويسمونهم العامة . وفي هذا منتهى الغرابة ، فان الصحة يجب أن تكون مجردة ، لان الاحكام بأدلتها وحجيتها ومصادرها ، لا بمخالفتها لمذهب العامة .

واسوق على سبيل المثال بعض ما جاء في باب الخلع والمبارأة :

جاء في الاستبصار فيما اختلف من الاخبار في الجزء الثالث القسم الاول [1]، وفي التهذيب [2] ، وفي الكافي [3] ، عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمر عن أبي أيوب عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال :

المختلعة التي تقول لزوجها : اخلعني وأنا أعطيك ما أخذت منك . فقال : لا تحل له أن يأخذ منها شيئاً حتى تقول : والله لا أبر لك قسماً ولا أطيع لك أمراً ولآذنن في بيتك بغير اذنك ولأوطئن فراشك غيرك فاذا فعلت ذلك من غير أن يعلمها حل له ما أخذ منها ، وكانت تطليقة بغير طلاق يتبعها ، وكانت بائناً بذلك ، وكان خاطباً من الخطاب .

ثم جاء في التهذيب [4] والاستبصار [5] :

ما رواه علي بن الحسن عن علي بن الحكم وابراهيم بن أبي بكر بن أبي سماك عن موسى بن بكر عن أبي الحسن الاول عليه السلام قال :

المختلعة يتبعها الطلاق ما دامت في عدتها :

وهنا يقول الطوسي : فإن فعل : فما الوجه في الأحاديث التي ذكرتها وما تضمنت

---

(١) الاستبصار ص ٣١٥ .

(٢) التهذيب ٢٧٦/٢ .

(٣) الكافي ١٢٣/٢ .

(٤) التهذيب ٢٧٦/٢ .

(٥) الاستبصار ٣٩٧/٣ .

من ان الخلع تطليقة بائنة ، وأنه اذا عقد عليها بعد ذلك كانت عنده على تطليقتين وأنه لا يحتاج الى أن يتبع الطلاق وما جرى مجرى ذلك من الاحكام ، قيل له : الوجه في هذه الاخبار **ان نحملها على ضرب من التقية ، لأنها موافقة لمذهب العامة .**

وفي المبارأة : جاء في التهذيب [1] وفي الاستبصار [2] .

عن جعفر بن محمد بن حكيم عن جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام قال : المبارية تبين من غير أن يتبعها الطلاق .

وفي عبارة : جاء وبما رواه محمد بن أيوب عن ابن بكر عن عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال :

ما سمعت فيما يشبه قول الناس فيه التقية ، وما سمعت مني لا يشبه قول فلا تقية فيه .

ويقول الطوسي : والقول بأن الخلع يقع في بينونة يشبه قول الناس ، فينبغي أن يكون محمولاً على التقية .

ومرة ثانية نقول لاخواننا الشيعة الجعفرية نقحوا كتبكم من هذه الأمور فلم يعد للتقية موضع بعد أن زالت أسبابها .

شرط الرجعة عند الجعفرية :

ان عقد الخلع عند الجعفرية وان لم يكن لازماً بالنسبة للزوجة ، الا أنه عقد لازم بالنسبة للزوج فلو شرط في الخلع على أن يكون له حق الرجعة بطل الشرط لأنه وإن كان يجوز له الرجوع ولكن هذا مقيد بما بعد رجوع الزوجة بما دفعته . ولهذا قال في الجواهر [3]

لو خالعها وشرط الرجوع لم يصح الشرط لكونه مخالفاً للسنة المستفيضة لكون الخلع طلاقاً بائناً .

---

(١) التهذيب ٢/٢٧٨ .

(٢) الاستبصار ٣/٣١٩ .

(٣) جواهر الكلام ٥/٣٦٣ .

وهناك قول بالجواز .

جاء في مختلف الشيعة في باب الخلع وقال ابن حمزه : يجوز أن يشترط الزوج الرجوع[1] .

* * *

شرط الاشهاد عند الشيعة الجعفرية :

لا يقع الطلاق عند الجعفرية الا بحضور شاهدين عدلين كما سبق وذكرنا ذلك . والخلع فرقة بين الزوجين وقالوا أنه طلاق ولهذا فقد أوجبوا فيه شرط الاشهاد كما أوجبوا في الطلاق وقالوا لا يقع الخلع الا أمام شاهدين عدلين .

جاء في المختصر النافع[2] : ويعتبر في العقد حضور شاهدين عدلين .

وجاء في جواهر الكلام[3] : لا يكرن خلع ولا مبارأة الا على طهر من المرأة من غير جماع و شاهدين يعرفان الرجل ويريان المرأة ويحضران التخيير واقرار المرأة أنها على طهر من غير جماع يوم خلعها .

الصيغة والتكييف الفقهي عند الظاهرية :

الخلع عقد بين الزوجين عند الظاهرية فيجب أن تتوفر فيه سائر الشروط في عقود المعاوضات من حيث التراضي وموافقة الا يجاب للقبول .

على أن الظاهرية اشترطوا شرطين لا يصح الخلع بدونهما : اذا خافت ان لا توفيه حقه ، أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها .

ولم يفرقوا في الالفاظ بين لفظ الخلع او لفظ المفاداة فكلها الفاظ تعبر عن معنى واحد هو أن تدفع الزوجة برضاها اذا كرهت زوجها مبلغاً من المال لقاء طلاقها .

جاء في المحلى[4] : الخلع وهو الافتداء اذا كرهت المرأة زوجها فخافت أن لا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها ، فلها ان تفتدي منه ويطلقها إن رضي هو وإلا

---

(١) مختلف الشيعة ص ٤٤ .

(٢) المختصر النافع ص ٢٢٧ .

(٣) جواهر الكلام ص ٣٥٥/٥ .

(٤) المحلى ٢٣٠/١٠ .

لم يجبر هو ولا أجبرت هي انما يجوز بتراضيهما ، ولا يحل الافتداء إلا بأحد الوجهين المذكورين أو باجتماعهما ، فان وقع بغيرهما فهو باطل ويرد عليها ما أخذ منها وهي امرأته كما كانت ، ويبطل خلافه ، ويمنع من ظلمها فقط ولها أن تفتدي بجميع ما تملك .

* * *

شرط الرجعة عند الظاهرية :

ان الخلع عند الظاهرية طلاق رجعي ولهذا لا مجال للنص على هذا الشرط فهو مشروط حكماً بحكم الشرع . فاذا راجع الزوج زوجته بعد الخلع وهي في العدة فعليه أن يدفع لها عوض الخلع كاملا ، الا انهم قالوا أن للزوج أن يشترط على زوجته حين الخلع أن لا رد للعوض فيما لو راجعها ، فاذا قبلت بذلك فلا رد للعوض لو راجعها والشرط صحيح[1].

الصيغة والتكييف الفقهي عند الاباضية :

الفرقة بين الزوجين على مال تتم عند الاباضية بألفاظ متعددة كالخلع والفداء والمبارأة والصلح ، وقيل أنها كلها بمعنى واحد ، وقيل أنها تختلف باختلاف كل لفظ عن الآخر من حيث العوض[2] .

والخلع هذا اتفاق بين الزوجين يتم بايجاب وقبول ، فلا يصح مع عدم التراضي بينهما ويشترط موافقة الايجاب للقبول .

قال في شرح النيل[3] : وان ابرأته منه فقام ولم يقبل ، ثم قبل فالأكثر على جوازه . وقيل بالمنع بعد المجلس وعليه فلا يكون ذلك فداء . والصحيح الاول . وإن رجعت قبل

---

(١) المحلى ١٠/٢٤٠ .

(٢) جاء في شرح النيل ان الفداء : فرقة بين الزوجين بردها اليه صداقها وقبوله اياه والخلع فرقة بينهما بردها بعضه وقبوله . وقيل : الخلع والفداء والفدية والصلح والمبارأة سواء تقع بالبعض والكل وأكثر منه . وقيل : انهن بمعنى واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها ، الا ان اسم الخلع يختص ببذلها جميع ما اعطاها والصلح ببعضه ، والفدية والفداء بأكثر والمبارأة اسقاطها عنه حقاً لها عليه ٣/٤٨٠ .

(٣) شرح النيل ٣/٤٨٣ .

أن يقبل فلا قبول له بعد وقيل له . واذا قام ولم يقبل فقيل يجبر على أن يقبل أو يرد وقيل فاته القبول .

والفرقة بين الزوجين طلاق بائن اذا كانت على عوض . ولكن اذا اتفق الزوجان في العدة على المراجعة صح الاتفاق وعادت الزوجية ، ان لم تكن الطلقة الثالثة او كان قبل الدخول فلا تجوز المراجعة .

جاء في شرح النيل[1] :

وصحت مراجعة الفداء باشهاد في عدة على رد صداق لها وقبول ورضى منها عند الأكثر بأي لفظ مفهم للمراد بلا اجمال ، ولا الباس مثل أن يقول : هذه امرأتي من قبل قد افترقنا بالفداء اشهدوا اني رددت لها مالها على الرجعة . وتقول اشهدوا اني قبلته عليها ويقول اشهدوا اني رجعت اليها أو راجعتها .

ويعلل الاباضية اشتراط رضا الزوجة بالمراجعة مع ان للزوج الحق المطلق في مراجعة زوجته اذا ما طلقها طلاقاً رجعياً دون أن يأخذ رأي الزوجة في الموضوع بقولهم :

« وانما اشترط في مراجعة الفداء رضا المرأة دون مراجعة الطلاق لأن الفعل في الطلاق من الرجل وحده فكان كذلك في المراجعة عليها بخلافها في الفداء لأنه انما وقع بهما معاً فكانا مشتركين فيها أيضاً .

* * *

(١) شرح النيل ٣/٥١٠ – ٥١١ .

المطلب الثالث ـ رأينا في صيغة الخلع (١)

من حيث اللفظ :

الذي يبدو لي ان المذاهب التي عينت للخلع الفاظا فقالت لا يكون الخلع الا بهـا ، قد جانبت الصواب ، فمصادر الخلع كما جاءت في القرآن الكريم والسنة النبوية ليس فيها ما يدل على لفظ معين . بل ان القرآن الكريم لم يأت بلفظ الخلع بل ذكر المـفاداة . والاحاديث التي جاءت عن امرأة ثابت بن قيس دلت على ألفاظ مختلفة فرواية تقول : خل سبيلها . ورواية تقول طلقها ، وأخرى : ففارقها . وهكذا فتقييد الخلع بلفظ أو لفظين لا معنى له . هذا من جهة المنقول . ومن جهة المعقول فان العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني .

من حيث العوض :

ثم الذين أجازوا الخلع بدون عوض فهذا أيضاً يخالف حكمة التشريع من الخلع لان الخلع كما فهمنا من مصادره أنه عقد بين رجل وامرأة على انهاء الحياة الزوجية لقاء بدل تدفعه الزوجة لزوجها .

فاذا خلا الخلع عن عوض كان طلاقاً فخرج عن اسم الخلع ولا يجوز أن نقـول : خلع بعوض وخلع بدون عوض ، لأن الخلع فيه مشاركة بين رجل وامرأة على أمر ليس هو الطلاق فحسب ، لان هذا يملكه الرجل بدون رضا الزوجة . فالقـرآن الكريم سماه افتداء والافتداء لا يكون بدون عوض . والرسول الكريم أمر امرأة ثابت أن ترد لزوجها حديقته فمن أين أتوا بجواز الخلع بدو ن عوض .

---

(١) أطلت قليلا في بحث صيغة الخلع لأني وجدت النقول مضطربة كثيراً في هذا الموضوع الهام ، حتى ان المؤلفات القديمة غير محررة اذ يختلف بعضها عن بعض في الصيغة التي ينعقد بها الخلع ، وفي تحريرنا هذه النقول وخاصة في التكييف الفقهي للخلع ما يسهل علينا استنباط كثير من الاحكام الفقهية التي ترتكز على الصفة الشرعية للخلع .

اما ما ذهب اليه الأحناف من التفرقة بين الطلاق على مال والخلع . بما خالفوا به الجمهور فلا نجد لهذه التفرقة مبرراً فكل فرقة على عوض بأي اسم كانت هي خلع . ولهذافقد وجدنا بعض المؤلفات في المذهب الحنفي لم تحدد هذه التفرقة كما أن الامام محمد بن الحسن قال : لا تفرقة بينهما

والى هذا ذهبت محكمة النقض السورية في قرارها رقم ٢٣٦ تاريخ ١٩٦٠/٩/٢١ حيث قالت فيه : إذا كان الطلاق مقابل مال ، كان ذلك مخالعة .

التكييف الفقهي :

وما ذكره الاحناف من ان الخلع يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة مبني على أساس صحة تعليق الطلاق . ونحن نرى عدم ضرورة هذا التعليق لما ذهبنااليه في بحث التعليق في الطلاق .

ولهذا فاني أرى أنه لا موجب للتفرقة بين لفظ او غيره من الألفاظ كالمفاداة او المبارأة فكلها الفاظ تعبر عن معنى واحد .

وكذلك فان البدل ضروري في الخلع اذا كان الخلع هو اتفاق بين رجل وامراة على انهاء حياتهما الزوجيةلقاء عوض تدفعه له، فاذا خالع الرجل زوجته بدون عوض لم يكن هذا خلعا بل كان طلاقاً له حكم الطلاق لأنه لفظ كناية يقع به الطلاق وهو طلاق رجعي خلافاً لما ذهب اليه الاحناف

واخيرا فاني أرى في تكييف العلاقة بين الزوج والزوجة في عقد الخلع عقد معاوضة محضة بين الطرفين كما ذهب الى ذلك المالكية وفريق من الشافعية والحنابله . وهذا يتفق مع ما سوف نرجحه من ان الخلع فسخ لا طلاق اذ لا دخل للتعليق فيه .

الفرع الثاني

الزوج

شروط المخالع :

من جاز طلاقه جاز خلعه لان من جاز طلاقه بدون عوض فطلاقه بعوض يجوز بالاولى ولا مجال للاطالة في هذا البحث فقد سبق أن ذكرنا شروط المطلق[1] .

غير اننا نستعرض بايجاز خلع الصبي والمجنون والمحجور عليه والمريض مـــرض الموت .

المطلب الاول ـ خلع الصبي والمجنون والمحجور عليه

لم يفرق جمهور الفقهاء بين الطلاق والخلع من حيث اهلية الزوج وها نحن ننقل نصوص المذاهب في ذلك .

المالكية :

قال الخرشي [2] ـ ولو كان الزوج سفيها فالخلع جائز وطلاقه نافذ لأنه اذا كان له أن يطلق بغير عوض فبه أولى .. ولا يجوز طلاق وليه عنه ولا أن يخالع عنه .

---

(١) قال في الانصاف ٣٨٦/٨ ويجوز الخلع من كل زوج يصح طلاقه .
وقال الجعفرية يشترط البلوغ والعقل في الزوج للخلع . وفي الجواهر ٣٥٥/٥ يعتبر في الخلع شروط اربعة : البلوغ وكمال العقل والاختيار والقصد .
وقال الشافعية في مغني المحتاج : وركن الخلع : زوج ينفذ طلاقه بأن يكون عاقلا مختاراً .
(٢) لا بد من القول ان المالكية اجازوا طلاق الولي نيابة عن الصغير خلافاً لجمهور الفقهاء . شرح الخرشي ١٥٥/٣ .

وقال الدسوقي[1] : فان خالع بخلع المثل فالأمر ظاهر وان خالع بدونه كان خلع المثل . ولا يبرأ المختلع بتسليم المال للسفيه بل لوليه .

ولا يصح خلع الصبي والمجنون عند المالكية .

وقد نص الدردير على أن موجب الخلع زوج مكلف لا صبي ومجنون[2] .

الحنابلة :

جاء في الانصاف[3] :

فان كان محجوراً عليه : دفع المال الى وليه ، هذا المذهب .

وقال : وفي صحة خلع المميز وجهان : احدهما يصح وهو المذهب . والثاني لا يصح والخلاف هنا مبني على الخلاف في طلاقه .

الأحناف :

قال في المبسوط [4] :

« وخلع الصبي وطلاقه باطل لأنه ليس له قصد معتبر شرعا خصوصا فيما يضره » .

الشافعية :

قال في مغني المحتاج[5] : « لا يصح خلع الصبي والمجنون كما لا يصح طلاقهم

---

(١) حاشية الدسوقي ٤١٣/٢ .

(٢) الدردير ٤١٢/٢ .

(٣) الإنصاف ٣٨٦/٨ .

(٤) المبسوط ١٧٨/٦ وقال السرخسي : وكذلك فعل ابيه عليه في الطلاق باطل ، لأن الولاية إنما تثبت على الصبي لمعنى النظر له ولتحقيق الحاجة اليه وذلك لا يتحقق في الطلاق . هذا بعكس اذا كانت الزوجة صبية وإذا اختلعت الصبية من زوجها الكبير ، فالطلاق واقع عليها لأن الزوج من أهل الايقاع – وايجاب الخلع تعليق الطلاق بشرط قبولها وقد تحقق القبول منها فيقع كما لو قال ان تكلمت فأنت طالق فتكلمت . ولكن لا يلزمها المال لان التزام المال من الصبية لا يصح خصوصاً فيما لا منفعة لها فيه .

(٥) مغني المحتاج .

أما المحجور عليه بسفه فخلعه صحيح باذن ودونه ، بمهر المثل أو أقل ، اذ له أن يطلق مجاناً فبعوض أولى .

ويسلم العوض الى وليه فان سلمت العوض الى السفيه بغير اذن الولي وهو دين لم تبرأ ويسترده منه .

الزيدية :

قال في التاج المذهب [1] : « ولا يصح في الصبي والمجنون ولو اذن لهما وليهما » .

وقال في المنتزع المختار[2] : « ويصح الخلع من المحجور عليه » .

الجعفرية :

قال في جواهر الكلام في بحث شرائط الخالع :

« ولا يقع من الصغير والمجنون الذين قد عرفت الاجماع على سلب عبارتيهما[3] » .

الاباضية :

قال في شرح النيل[4] : «ولا يلزم طفلا ومجنونا فداء ولا يصح منهما قبول ولا طلاق ولو بولي » .

---

(١) التاج المذهب ١٧٤/٢ .

(٢) المنتزع المختار ٤٣٣/٢ .

(٣) جاء في جواهر الكلام ص ٣٥٥/٥ - : ولو خالع ولي الطفل بعوض صح إن لم يكن طلاقاً مع المصلحة او مع عدم المفسدة ، وبطل على القول بكونه طلاقاً لعدم صحته من ولي الطفل .

(٤) شرح النيل ٤٩٦/٣ .

المطلب الثاني ـ خلع المريض مرض الموت

قال جمهور الفقهاء ان خلع المريض مرض الموت صحيح ونافذ قياساً على طلاقه . وقال بعضهم يحرم ديانة لا قضاء . وهذه آراء المذاهب .

قال الشافعية : يجوز الخلع في مرض الموت . لان الرجل يملك الطلاق بدون عوض فخلعه طلاق بعوض ، فيجوز بالاولى . ولا ضرر فيه على المرأة ما دام يملك طلاقها .

جاء في مختصر المزني[1] : « ويجوز الخلع في المرض كما يجوز في البيع . فان كان الزوج هو المريض : فخالعها بأقل من مهرها ثم مات فجائز لان له أن يطلقها من غير شيء .

وقال في تحفة المحتاج [2] : « ويصح خلع المريض بأقل شيء لأنه يصح طلاقه مجاناً فأولى بشيء ولو قليلاً . »

وقال المالكية : لا يجوز خلع المريض لان في ذلك اخراج وارث في مرض موته . فان فعل ذلك نفذ ووقع الطلاق لان الحرمة ديانية لا قضائية .

قال الخرشي : « لا يجوز للمريض مرض الموت ومن في حكمه أن يخالع زوجته لان فيه اخراج وارث . فان فعل فانه ينفذ ويقع عليه الطلاق[3] . »

---

(١) مختصر المزني ٦٧/٤ .

(٢) تحفة المحتاج ٤٦٦/٧ .

(٣) شرح الخرشي ١٥٥/٣ وقال : واذا طلق في مرضه المخوف ثم ماتت فيه فإن الرجل لا يرثها ولو طلقها مريضة . لانه هو الذي أسقط ما كان بيده . ولو مات فإن المرأة ترثه لانه فاز بطلاقها حينئذ من الإرث سواء كانت مدخولا بها أم لا . انقضت عدتها وتزوجت ، أم لا .

وقال الحنابلة : يجوز خلع المريض مرض الموت اذا لم يكن هناك محاباة . فاذا ظهرت محاباة الزوج في الخلع كما لو اوصى لها بمبلغ من المال ، ينظر فيه فان كان أقل من ميراثها منه صح ولزم وان كان أكثر يصح وتلغو الزيادة .

قال الخرقي [1] : « ولو خالعها في مرض موته وأوصى لها بأكثر مما كانت ترث فللورثة أن لا يعطوها أكثر من ميراثها . »

وقال ابن قدامه في المغنى : [2] أما خلعه لزوجته فلا اشكال في صحته سواء أكان بمهر مثلها أو أكثر أو أقل . ولا يعتبر من الثلث لانه لو طلق بغير عوض لصح ، فلان يصح بعوض أولى . ولان الورثة لا يفوتهم بخلعه شيء فانه لومات وله امرأة لبانت بموته ولم تنتقل الى ورثته فأما إن أوصى لها بمثل ميراثها أو أقل صح لانه لا تهمة في أنه أبانها ليعطيها ذلك فانه لو لم يبنها لاخذته بميراثها ، وان أوصى لها بزيادة عليه فللورثة منعها من ذلك لانه اتهم في أنه قصد ايصال ذلك اليها ، لأنه لم يكن له سبيل الى ايصاله اليها وهي في حباله فطلقها ليوصل ذلك اليها فمنع منه كما لو أوصى لوارث .

ولم يقيد الجعفرية خلع المريض بقيد بل قالوا يجوز خلع المريض مرض الموت جاء في المذاهب الخمسة [3] :

أما الخلع من المريض مرض الموت فيصح بلا ريب ، لأنه لو طلق بغير عوض لصح فالطلاق بعوض أولى .

أما الزيدية فقد قيدوا عوض الخلع بالثلث دفعاً لتهمة المحاباة .

قال في المنتزع المختار[4] : ويصح الخلع اذا كان مريضاً . وانما ينفذ اخراج عوض الخلع في حال المرض المخوف من الثلث اذا وقع الموت فيه .

---

(١) المغني ٢٢٣/٨ . وجاء في الإنصاف ٤١٩/٨ وإن طلقها في مرض موته . وأوصى لها باكثر من ميراثها وإن خالعها في مرضه او حاباها : فهو من رأس المال .

(٢) المغني ٢٢٣/٨ .

(٣) الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة ١٦٢ .

(٤) المنتزع المختار ٤٣٣/٢ .

واجاز الاحناف أيضاً خلع المريض مرض الموت .

جاء في البحر الرائق[1] : ولو اختلعت صحيحة والزوج مريض فالخلع جائز بالمسمى قل أو كثر .

اما الظاهرية : فيجيزون الخلع بمرض الموت لأنهم لا يفرقون بين تصرفات مريض مرض الموت أو غيره . وقد انتقد ابن حزم بحجج قوية من قال بمرض الموت[2] .

وقال الاباضية [3] : وان مرض فافتدت منه فمات في مرضه لم ترثه وجاز عليه الفداء . ان برىء . لان افتداءها اسقاط لميراثها باختيارها ولو كانت في العدة .

* * *

(١) البحر الرائق ٤/٨٠ .

(٢) يراجع احكام طلاق المريض مرض الموت في هذا الكتاب .

(٣) شرح النيل ٣/٥٠١ .

الفرع الثالث

الزوجة

الزوجة :

يشترط في الزوجة المخالعة أن تكون زوجة للمخالع في عقد صحيح[1] . والاصل ان المخالعة لا تكون الا بين زوجين . ولكن هناك بعض حالات تكون فيها الزوجة غير كاملة الاهلية لصغر أو سفه فيتولى عنها وليها المالي وقد تكون مريضة مرض الموت فتخالع زوجها . كما يجوز أن يتولى المخالعة اجنبي عن الزوجة . وسنبحث هنا خلع المريضة مرض الموت ، ثم من يتولى المخالعة عن الزوجة في حال خلع الاجنبي ، وفي حال خلع الولي .

المطلب الاول : خلع المريضة مرض الموت

اذا اختلعت الزوجة في مرض موتها وماتت وهي في العدة فهل يصح الخلع ويستحق الزوج بدل الخلع الذي دفعته له ليطلقها وليبقى ملكاً له ام يسترده ورثة المختلعة دفعاً لتهمة التواطؤ بين الزوجين لحرمان بعض الورثة .

لا خلاف بين الفقهاء في صحة خلع المريض مرض الموت بمقدار الميراث الذي ترثه الزوجة من زوجها ، ولما كان لهذا صلة أيضاً ببدل الخلع الذي هو ركن من أركانه فاني أنقل آراء الفقهاء بايجاز .

---

(١) جاء في المادة ٢٩٧ من مجموعة الاحكام الشرعية قدري باشا : اذا خالع الزوج امرأته واخذ منها بدلا بغير حق بأن كان النكاح فاسداً من اصله لا يقبل الخلع فلها ان تسترد ما اخذه .

قال الزيدية : اذا خالع الزوج زوجته المريضة مرض الموت على عوض معين ثم ماتت وهي في العدة فانه يأخذ الأقل من شيئين : عوض الخلع والميراث فيما لو كان يرثها . فاذا كان عوض الخلع أقل من الميراث استحقه كله وان كان أكثر فلا يستحق ما زاد على الميراث وان كان الميراث الذي يرثها به أقل من الخلع أخذ ما يعادل ميراثه من بدل الخلع ورد الباقي للورثة .

جاء في التاج المذهب[1] : « اذا طلق المريضة على عوض منها ، أو من مريض غيرها ولو كانت صحيحة ، سواء أكان العوض قدر الثلث أم أكثر منه ولم يجز الورثة ، فلا ينفذ ذلك العوض في حال المرض المخوف اذا وقع الموت منه الامن الثلث فقط . ويعتبر الثلث ووجود الوارث وعدمه في العقد حال العقد .

وقال الاحناف : — يأخذ الزوج الاقل من ثلاثة أشياء : بدل الخلع . ثلث التركة بعد وفاء الديون . ميراثه منها .

فاذا زاد بدل الخلع على ثلث التركة ننظر ، فان كان بدل الخلع هذا أقل من ميراثه منها أخذه كاملا أما لو زاد بدل الخلع على ميراثه منها كان بحكم الوصية لا تنفذ الا باجازة الورثة . فلو كان بدل الخلع أقل من ميراثه منها استحق بدل الخلع لأنه الاقل والفرق بين بدل الخلع وميراثه يعتبر بحكم الوصية . والوصيه لوارث لا تجوز [2] لدى أكثر الفقهاء .

جاء في البحر الرائق[3] :

« واذا اختلعت مريضة من زوجها بمهرها ثم ماتت : ينظر الى ثلاثة اشياء الى ميراثه منها والى بدل الخلع والى ثلث مالها . فيجب أقلها والزيادة هذا لو ماتت في ذات المرض

---

(١) التاج المذهب ٢/١٩١ .

(٢) غير انه يلاحظ انه في القوانين التي تجيز الوصية لوارث يستحق الزوج الزيادة في هذه الحال على ان لا تزيد عن الثلث . ومن هذه القوانين قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ والقانون السوداني .

(٣) البحر الرائق ٤/٨٠ .

ولو برئت منه سلم للزوج كل البدل كهبتها فيه .

وخالف بذلك زفر وقال يخرج من جميع المال[1] »

وفي المالكية . خلاف في المذهب بين مالك وابن القاسم . والمذهب ان للزوج الاقل من الميراث أو بدل الخلع اذا ماتت وهي في مرض الموت سواء كانت في العدة أم لا...

قال مالك : من اختلعت في مرضها وهو صحيح بجميع مالها لم يجز ولا يرثها .

وقال ابن القاسم : وأنا أرى انها اذا اختلعت منه بأكثر من ميراثه منها فله قدر ميراثه ويرد الزائد وان اختلعت منه بقدر ميراثه فأقل ، فذلك جائز ولا يتوارثان[2] .

وحمل بعضهم قول مالك على أنه لا يجوز اذا كان بجميع المال . اما اذا كان بأقل من ميراثه فيجوز[3] .

وقال ابن رشد[4] : وروى ابن نافع عن مالك : أنه يجوز خلعها بالثلث كله[5] .

وقال الاباضية[6] : فان ماتت في مرضها أخذ الاقل من صداق وإرث . لئلا يأخذ أكثر مما اعطى . ولأن المفاداة في المرض شبيه بالوصية . غير أن رجوع الصداق فيه عوض من خروجها من ملكه لا مجرد عطية . وغير أنه ليس وارثاً ومع ذلك حكم عليه بحكم الوارث لأنه لولا الفداء لكان وارثاً وان تساويا أخذ احدهما .

---

(١) المبسوط ١٩٤/٦ وقال زفر : من جميع المال . واعتبر الخلع بالنكاح فان المريض لو تزوج امرأة بمهر مثلها اعتبر من جميع ماله لان ذلك من حوائجه وكذلك المريضة اذا اختلعت لان ذلك من حوائجها لتتخلص من أذى الزوج .

(٢) شرح الخرشي ١٥٨/٣ .

(٣) حاشية الدسوقي ٤١٥/٢ .

(٤) بداية المجتهد ٤١/٢ .

(٥) التاج المذهب ٢٩١/٢ وجاء فيه : اما اذا كان الخلع على شرط فيعتبر الثلث عند حصول الشرط .

(٦) شرح النيل ٥٠١/٣ .

وذهب الشافعية والجعفرية الى أن خلع المريضة مرض الموت صحيح الا أنه في حدود مهر المثل أو ثلث التركة . الأقل من هذين الشيئين . فاذا خالعته على الف وكان مهر مثلها ذلك استحقه بعد موتها اذا كان ثلث تركتها أكثر من الف وان كان أقل من ألف استحق ثلث التركة .

قال ابن حجر في تحفة المحتاج[1] :

« ويصح اختلاع المريضة مرض الموت لان لها صرف مالها في شهواتها بخلاف السفيهة ولا يحسب من الثلث الا الزائد من مهر المثل لان الزائد عليه هو التبرع[2] . »

وقال الجعفرية [3] :

« فان خالعته بمهر مثلها جاز ونفذ من الاصل ، أما اذا زاد عن مهر المثل فتخرج الزيادة من ثلث المال .

وروى في جواهر الكلام رواية أخرى[4] : ولو خالعت في مرض الموت صح وان بذلت أكثر من الثلث ...

ثم قال : وفيه قول آخر مشهور بين الاصحاب والمعمول به بينهم وهو ان الزائد من مهر المثل من الثلث .

وقال الحنابلة بما قال به المالكية على المعتمد عندهم : ان الزوج يأخذ الاقل من بدل الخلع او من ميراثه منها .

قال في المغنى[5] : « اذا خالعته المريضة بميراثه منها فما دونه صح ، ولا رجوع . وان خالعته بزيادة بطلت الزيادة ..

---

(١) تحفة المحتاج ٧/٤٦٦ مغنى المحتاج ٣/٢٦٥ .

(٢) قال في مغنى المحتاج ٣/٢٦٥ ، لأن التبرع انما هو بالزائد فهو كالوصية للاجنبي ولا يكون كالوصية للوارث لخروجه بالخلع عن الارث الا ان يكون وارثاً بجهة اخرى غير الزوجية كابن عم مثلا .

(٣) الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة ص ١٦١ .

(٤) جواهر الكلام ٥/٣٥٥

(٥) المغني ٨/٢١٥ وقال ابن قدامة : وهذا قول الثوري واسحاق .

وجاء في الانصاف [1] : وان خالعته في مرض موتها – : فله الاقل من المسمى أو ميراثه منها وهذا المذهب .

أما الظاهرية : فلا يفرقون بين الصحيح والمريض فتصرفات المريض مرض الموت زوجاً أو زوجة صحيحة عندهم وعلى هذا فلو خالعته على مبلغ ما ثم ماتت فله العوض كاملاً سواء كان أقل من الميراث أو الثلث أم أكثر .

* * *

(١) الانصاف ٤١٩/٨

المطلب الثاني ـ خلع غير الزوجة

هل يصح الخلع من غير الزوجة ؟ ..

اختلف الفقهاء في خلع غير الزوجة سواء أكان هذا الغير اجنبياً عنها أم كان ولياً لها .

قال الظاهرية والجعفرية والحنابلة[1] وبعض الزيدية : لا يجوز الخلع من غير الزوجة .

وأجاز ذلك الاحناف والشافعية والمالكية وجمهور الزيدية :

اولاً : من قال انه لا يجوز خلع غير الزوجة .

قال أبو ثور : ان خلع الاجنبي غير صحيح لان بذل العوض في مقابلة ما يحصل لغيره من نفع سفه فلا يصح .

جاء في المحلى [2] : خلع الاب والوصي باطل . ولا يجوز أن يخالع عن المجنونة ولا عن الصغيرة اب ولا غيره لقوله تعالى :ـ «ولا تكسب كل نفس الا عليها» . وقوله تعالى : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم » .

فمخالعة الاب ، أو الوصي او السلطان عن صغيرة أو كبيرة كسب على غيره وهذا لا يجوز . واستحلال الزوج ما لها بغير رضاها منها أكل مال الباطل وهو حرام .

وعند الحنابلة روايتان [2] : ـ جاء في الانصاف : وقيل : لا يصح من الاجنبي اذا قلنا أنه فسخ .

وقيل : لا يصح مطلقاً . ذكره في الرعايتين .

---

(١) على الصحيح من المذهب ان الخلع فسخ وليس بطلاق .

(٢) الانصاف ٣٨٩/٨ .

وقال : وليس له خلع ابنته الصغيرة بشيء من مالها ــ هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب[1] .

وجاء في المغنى[2] : وليس لولي هؤلاء (المحجور عليهن) المخالعة بشيء من مالهن لأنه انما يملك التصرف بمالها فيه الحظ وهذا لاحظ فيه بل فيه اسقاط[3] .

أما عند الجعفرية فلا يجوز الخلع من غير الزوجة الا باذنها فاذا لم تأذن لا يصح خلع الاجنبي ولياً كان أو غيره .

جاء في الروضة البهية [4] : وفي صحته من المتبرع بالبذل من ماله قولان : اقربهما المنع لان الخلع من عقود المعاوضات فلا يجوز لزوم العوض لغير صاحب المعوض كالبيع ، ولأنه تعالى أضاف الفدية اليها في قوله : فلا جناح عليهما فيما افتدت به .

وقالوا [5] : « لا يصح خلع الاجنبي . ولا يجب عليه أن يدفع شيئاً . ويصح أن يضمن الاجنبي الفدية باذنها فيقول للزوج طلقها بكذا وعلى ضمان المبلغ بعد أن تأذن هي بذلك . فان طلق على هذا الشرط وجب على الضامن أن يدفع المبلغ للمطلق ويرجع به على المطلقة .

وقال الزيدية في المنتزع المختار[6] : وحكي في الكافي عن القاسم والهادي والناصر أن عوض الخلع لا يصح من غير الزوجة بل يقع الطلاق رجعياً ويرد العوض على الذي أخذ منه .

* * *

---

(١) المرجع السابق ٣٨٨/٨ .

(٢) المغني ١٩٥/٨ .

(٣) قد يفهم من قوله من مالهن انه يجوز الخلع اذا كان من مال الاب او الولي وقد ذكرنا ان المذهب عندهم على ان الخلع فسخ ولا يجوز الخلع الا من الزوجين اما على الرواية التي تقول ان الخلع طلاق ففيها كلام .

(٤) الروضة البهية ١٦٤/٢ .

(٥) الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة ص ١٥٧ .

(٦) المنتزع المختار ٤٣٧/٢ .

ثانياً ـ من قال انه يجوز الخلع من الاجنبي :

قالوا يجوز الخلع من الاجنبي سواء أكان ولياً أم لم يكن وسواء أكانت الزوجة صغيرة أو مجنونة أو كانت كبيرة بالغة راشدة .

ولما كانت أحكام المخالعة من الاجنبي متداخلة ، حتى أن الشافعي لا يفرق بين خلع الأجنبي وخلع ولي الزوجة[1] في جميع الفروع وبعض المذاهب فرقت في بعض المسائل ، فقد قسمت البحث الى خلع غير الزوجة على الكبيرة سواء أكان اجنبياً عنها أم ولياً لها ، وخلع الولي على من له الولاية عليها .

خلع الاجنبي [2] :

اذا خالع اجنبي عن الزوجة ولم يكن وكيلاً عنها ولا ذا ولاية صح الخلع في هذه المذاهب .

وها اني أورد نصاً للشافعية فيه بعض التعليل لمذهبهم : ـ

قال في مغني المحتاج[3] : « ويصح اختلاع اجنبي مطلق التصرف بلفظ خلع أو طلاق وان كرهت الزوجة ، ذلك لان الطلاق مما يستقل به الزوج ، والأجنبي مستقل بالالتزام ، وله بذل المال ، والتزامه فداء . لان الله تعالى سمى فداء فجاز كفداء الأسير ، وقد يكون للاجنبي فيه غرض ديني بأن يراهما لا يقيمان حدود الله ، أو يجتمعان على محرم ، والتفريق بينهما ينقذهما من ذلك فيفعل طلباً للثواب .

واختلاع الاجنبي كاختلاع الزوجة في جميع الاحكام .

وأما **عند الاحناف** فقد جاء في البحر الرائق نقلاً عن البزازيه[4] :

اذا خلعها أبوها أو اجنبي باذنها جاز ، والمال عليها ، وان كان بلا اذنها لم تجز ،

---

(١) اقصد بذلك من ليس له ولاية على الزوجة سواء أكان وليها ام لم يكن كذلك .

(٢) جاء في مغني المحتاج ٢٧٧/٣ وابوها كاجنبي فيما ذكر فيختلع لها بماله اي يجوز له ذلك صغيرة كانت او كبييرة .

(٣) المصدر السابق ٢٧٦/٢ .

(٤) البحر الرائق ٩٧/٤ .

وترجع بالصداق على الزوج . والزوج على الأب ان ضمن الأب وان لم يضمن فالخلع يتوقف على قبولها ، ان قبلت . ثم الخلع في حق المال وهذا دليل على أن الطلاق واقع . وقيل انه لا يقع الطلاق ههنا الا باجازتها .

وقال الزيدية في التاج المذهب [1] : واذا قال الغير طلقها على ألف مني أو على مهرها صح ولزمه ذلك .

عوض الخلع [2] :

اذا خالع الاجنبي فاما أن يضيف بدل الخلع الى نفسه أو لا يفعل ذلك .

١) فان أضاف بدل الخلع الى نفسه : صح الخلع ووقع الطلاق والتزم بالمال ولا يحق له الرجوع على الزوجة لأنه متبرع .

٢) أما اذا لم يصدر منه ذلك :

آ ـ فان لم يضف البدل الى أحد :

قال المالكية والشافعية ان هذا في حكم ما لو ضمن المال . فيصح الخلع ويلزم المال . وقال الاحناف لا يكون ضامناً بل يتوقف الخلع على قبول الزوجة . فاذا قبلت صح الخلع ولزمها المال .

أما وقوع الطلاق ففيه قولان : قيل يقع وقيل لا يقع .

ب ـ وأما إذا أضاف البدل الى غيره : فتتوقف صحة الخلع على أجازة من أضاف البدل اليه فان أجازه صح الخلع ونفذ وان لم يجزه لم يصح .

وقال الحنابلة الذين قالوا ان الخلع طلاق : اذا أضاف البدل الى مال الزوجة فلا يصح الخلع .

وقال الاباضية [3] : ومن قال لرجل ابرأتك من صداق امرأتك فلانه سواء قال على الفداء أم لا ، لكن الزوج قبل على الفداء فقبل ذلك منه بدلاً طلقت فان أجازت لزمها وكان الصداق له بالفداء ولا يقع عليه الاطلاق واحد . ولزمه الطلاق وان لم تجز .

---

(١) التاج المذهب ٢/١٨٠ .
(٢) فرق الزواج ١٥٧ .
(٣) شرح النيل ٣/٤٨٣ .

خلع الولي نيابة عمن تحت ولايته

يشترط في الزوجة المخالعة ان تكون اهلاً للتصرف المالي [1] : اما اذا لم تكن كذلك فينوب عنها وليها المالي في المخالعة .

خلع المجنونة [2] : والصغيرة : والسفيهة [3] :

يرى الشافعية [4] والزيدية[5] والحنابلة[6] — ان خلع المجنونة والصغيرة باطل مطلقاً، لأن بذل العوض تبرع . ولا تصح تصرفات المجنو نة ولا الصغيرة حتى يصح تبرعها .

اما خلع السفيهة عند الشافعية [7] والحنابلة [8] على القول بأنه طلاق : فهو صحيح ، ولكن لا تلتزم بالمال ، سواء اذن لها وليها أم لم يأذن .[9] ويقع الطلاق رجعياً . لان الخلع بدون عوض يعتبر عند الشافعية طلاقاً رجعياً ، فإقدام الزوج على مخالعة زوجته السفيهة

---

(١) سن الرشد كما جاء في قانون الولاية على المال المصري في المادة ١٨ هو ٢١ سنة ميلادية وفي القانون السوري ١٨ سنة .

(٢) عرف القانون فاقد التمييز م ٤٥ لا يكون اهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن او عته او جنون .

(٣) السفه عبارة عن التصرف بالمال بخلاف مقتضى الشرع والعقل بالتبذير فيه والاسراف مع قيام حقيقة الفعل . مباحث الحكم عند الأصوليين ص ٣٨٠ .

(٤) مغني المحتاج ٣/٢٦٤ .

(٥) المنتزع المختار ٢/٤٣٥ .

(٦) المغني ٨/١٩٥ .

(٧) مختصر المزني ٤/٥٠ على هامش الأم

(٨) الانصاف ٨/٣٩١ .

(٩) هذا عند الحنابلة على الصحيح اما على الرواية التي تقول بأن الخلع طلاق فيقع في هذه الحالة طلاقاً رجعياً .

زوجته السفيهة وهو يعلم أنها لا تلتزم بدفع المال يعتبر كأنه خالعها بدون عوض[1] هذا اذا كان بعد الدخول أما قبل الدخول فيعتبر بائناً .

مذهب الاحناف :

ان خلع المجنونة والصغيرة غير المميزة باطل ولا يقع به طلاق .

أما الصغيرة المميزة والسفيهة التي تعقل معنى النكاح والطلاق أي تفهم أن النكاح عبارة عن اجتماع رجل وامرأة وأن الطلاق فراقهما عن بعضهما قالوا يقع الطلاق بالخلع ولكن لا يلزمها المال لأنها ليست من أهل التبرع .

أما لو باشر الخلع عنها وليها :

فان كان البدل من مالها لم يجب المال وفي وقوع الطلاق روايتان[2] : —

١) الاصح ان الطلاق يقع لانه معلق على قبول الولي وقد قبل .

٢) والرواية الثانية أنه لا يقع لان الزوج انما علق طلاقه على استحقاق المال فاذا لم يتحقق اختل الرضا فيجب الا يقع[3] .

٢ — أما اذا كان البدل من مال الولي فالخلع صحيح والبدل لازم ولا رجوع للولي على الزوجة لانه متبرع [4] .

---

(١) جاء في مغني المحتاج ٣/٢٦٤ وان خالع بعد الدخول سفيهه بلفظ الخلع طلقت رجعياً ولغى ذكر المال لانها ليست من اهل التزامه وان اذن لها الولي . وليس لوليها صرف مالها في مثل ذلك .

(٢) جاء في الفتاوى المهدية ١/١٥٢ — فتوى : في رجل بلغه ان ابنته حاصل لها ضرر من زوجهافوجه اليه وطلب طلاق ابنته وخلاصها من الضرر فامتنع الزوج فأبرأه من مؤخر صداقها وغيره مما هو في ذمته والتزم الاب بذلك فطلقها في نظير ذلك فهل يقع بائناً ؟ ... ج : نعم يقع في مقابلة العوض طلاق بائن . ولا يسقط حق الزوجة اذا لم يكن بأمرها او اجازتها ولها المطالبة به على الزوج او الاب . فان رجعت بما ذكر على الزوج يكون له الرجوع بما يؤديه على الاب الملتزم .

(٣) المبسوط ٦/١٨٠

(٤) البحر الرائق ٤/١٨٠

مذهب الزيدية [1] :

ولا يصح الخلع من ولي مال الصغيرة الا اذا كان لها فيه مصلحة ولا يصح مع المصلحة الا اذا كان العوض من غيرها لعدم اعتبار نشوزها قبل التكليف .

فاذا خالع عن الصغيرة أبوها بمهرها لزمه لها ذلك سواء صح أم لا ويكون الطلاق خلعاً لأنه يصح العوض فيه من الغير وللمرأة أن تطالب الزوج بمهرها أو يرجع الزوج بالمهر على أبيها [2] .

مذهب المالكية [3] :

ان خلع الصغيرة والمجنونة غير جائز . ويفرق المالكية بين حالين :

١) اذا لم يعلق صيغة الخلع على استحقاق المال فيقع الطلاق وعليه رد المال ان قبضه .

٢) أما اذا علق الخلع على استحقاقه المال فلا يقع الطلاق ولا يجب المال .

اذا خالع الاب عن ابنته الصغيرة او السفيهة : فلو كانت في سن تجبر مثيلاتها على الزواج بولاية ابيهم ، فالخلع صحيح سواء أكان من ماله أو من مالها ، وسواء كان باذنها أم بدون اذنها [4] .

أما السفيهة التي ليس له عليها ولاية اجبار : ١) فاذا كان العوض من ماله يجوز الخلع ولو لم يكن باذنها . ٢) أما اذا لم تأذن له وخالعها من مالها ففي ذلك قولان عند المالكية قيل لا يجوز وقيل يجوز ويقع الطلاق رجعياً . والى هذا ذهب الشافعية .

مذهب الشافعية [1] :

ولا يجوز خلع المجنونة ولا الصغيرة الغير المميزة . أما الصغيرة المميزة ففيه خلاف .

---

(١) التاج المذهب ٢/١٧٦ .

(٢) بداية المجتهد ٢/٤١ وقال مالك : يخالع الاب على ابنته الصغيرة كما ينكحها .

(٣) ان غير الاب من الاولياء ليس له حق المخالعة الا باذن الزوجة .

(٤) المنتزع المختار ٢/٤٣٥

(١) مغني المحتاج ٣/٢٦٤ .

وأما السفيهة المحجور عليها فلا يصح الخلع عليها ويقع الطلاق رجعياً بدون مال . والسفيهة بعد الرشد وقبل الحجر يصح تصرفها على الاصح[1] .

مذهب الاباضية [2] :

جاء في شرح النيل : وان افتدى لطفلة أو مجنونة أبوها به أي بالصداق أو خالع عليها ببعضه فلم تجزه بعد البلوغ أو الافاقة اخذته من زوجها ورجع الزوج به على الاب .

***

---

(١) الام ١٨١/٥ .

(٢) شرح النيل ٤٨٣/٣ .

المطلب الرابع ـ هـل يشترط ان تكون الزوجة المخالعة في طهر لا جماع فيه ؟

هل يقع الخلع في كل وقت ؟ ... أم ان له وقتاً مخصوصاً كالطلاق ، فلا يجوز إلا في وقت طهر الزوجة ، كما مر في بحث الطلاق المشروع ؟ ..

اختلف الفقهاء في الخلع وكان من البديهي أن نقول كل ما قيل في الطلاق يقال في الخلع قياساً ، لولا ان الآراء اختلفت قليلاً فبعض من قال أن الطلاق في الحيض لا يقع ، قال أن الخلع في الحيض صحيح ، وبعض من قال أن الطلاق في الحيض بدعي ، قال ان الخلع في الحيض غير بدعي ولهذا اختلف الرأي .

وها نحن نذكر مجمل الآراء في الموضوع :

١ ـ من قال انه لا يصح الخلع في الحيض :

قال الجعفرية أن الخلع في الحيض أو في طهر مسها فيه لا يقع لأنه طلاق . والطلاق في هذه الحالة لا يقع .

جاء في المختصر النافع[1] : يشترط في المختلعة مع الدخول : الطهر الذي لم يجامعها فيه .

وفي الاستبصار في باب الخلع[2] : ولا يكون الا على موضع الطلاق أما طاهراً أو اما حاملاً بشهود .

وجاء في جواهر الكلام[3] ان الخلع لا يكون الا على طهر .

---

(١) المختصر النافع ٢٢٧ .

(٢) الاستبصار ٣/٣١٧ .

(٣) جواهر الكلام ٥/٣٦٠ .

وقال في السرائر[1] : والخلع لا يقع الا أن تكون المرأة طاهرة طهراً لم يقربها فيه بجماع ، أو يكون غير مدخول بها أو يكون غائباً عنها زوجها .

والخلاصة : [2] اشترط الامامية في المختلعة جميع ما اشترطوه في المطلقة من كونها في طهر لم يواقعها فيه اذا كانت مدخولاً بها وغير آيسة ولا حامل ولا صغيرة دون التسع .

٢ ـ من قال انه بدعى :

وقال الاباضية : ان الخلع في الحيض بدعي لا يجوز .

جاء في شرح النيل[3] : وسنّ الفداء كالطلاق واحداً في طهر لم تمس فيه وغير ذلك فداء بدعة .

وجاء في الديوان[4] : من أرا د الفداء من ناشزة فليصبر حتى تحيض ثم تطهر فيفاديها بلا أضرار ولااستثقال ولا ظلم لها ولا حرص على فراقها ولا ملك لجماعها فهذا هو الذي يجوز له أن يأخذ منها ما أعطاها .

وقال الزيدية : ان الخلع في ا لحيض بدعي .

جاء في البحر الزخار[5] وتدخله السنة والبدعة كالمطلق .

وقال في الروض النضير [6] : وتدخل السنة والبدعة كالطلاق الخالي عن العوض .

واختلف **الاحناف** في كراهية الخلع أثناء ا لحيض .

---

(١) السرائر ٣٥٠ .

(٢) الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة ص ١٦١ .

(٣) شرح النيل ٣/٥٥٦ .

(٤) المصدر السابق ٣/٥٠٠ .

(٥) البحر الزخار ٣/١٧٩ .

(٦) الروض النضير ٤/١٦٦ .

قال القدوري[1] : والخلع في حالة الحيض مكروه في رواية الزيادات . وفي المنتقى لا بأس به في حالة الحيض اذا رأى منها ما يكره .

وقال الشلبي على الكنز [2] : روى عن أبي حنيفة لا يكره حالة الحيض .

ونقل ابن عابدين عن المحيط ان الخلع لا يكره في حالة الحيض بالاجماع[3] .

٣ ــ واختلف فريق آخر من الفقهاء اختلافهم حول ماهية الخلع فمن قال أنه فسخ قال لا بدعة في الخلع . ومن قال أنه طلاق قال أن الخلع في الحيض بدعي[4] .

وفرق الشافعية في الخلع بين أن يكون بين الزوجين ، فقالوا ان الخلع في الحيض لا بدعة فيه ، أما اذا كان الخلع مع اجنبي فتدخله البدعة والسنة . **وهو تفريق حسن مبني على ان الخلع بين الزوجين تم بالتراضي فلا مجال للتأجيل حتى الطهر .**

أما في حال خلع الاجنبي فقد تكون في حالة الحيض بحالة تشابه علتها منع الطلاق في الحيض تماماً .

قال في نهاية المحتاج [5] : ويجوز خلعها في الحيض لا خلع اجنبي في الاصح .

أما الموطوءة في الطهر فهو وان كان بدعياً الا أنه يحل خلعها ، وقيل يحرم لأن المنع هنا لرعاية الولد فلم يؤثر فيه الرضا بخلافه .

وذكر المزني في مختصره : « ان الخلع جائز في الحيض لأنه صلى الله عليه وسلم لم

---

(١) مختصر القدوري ٢/٣٣ .

(٢) تبين الحقائق الزيلعي ٣/١٩١ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٢/٤٢٨ .

(٤) يقول ابن تيمية في فتاويه ٣/٤٥ أجاز اكثر العلماء الخلع في الحيض لانه على قول الفقهاء الحديث ليس بطلاق بل فرقة بائنة . وهو في احد قولهم تستبرأ بحيضه لا عدة عليها ولانها تملك نفسها بالاختلاع فلها فائدة في تعجيل الابانة لدفع الشر الذي بينهما بخلاف الطلاق الرجعي فانه لا فائدة في تعجيله قبل وقته بل ذلك شر بلا خير .

(٥) نهاية المحتاج ٦/١٠٩ .

يسأل أمرأة ثابت بن قيس حين خالعها من زوجها[1] .

واختلف المالكية في الخلع هل يدخله بدعة أم لا نظراً لاختلافهم في علة منع الطلاق في الحيض .

فمن قال ان علة المنع هي لعدم تطويل العدة ، أي هي حق المرأة قال أنه لا بدعة في الخلع لأن الخلع تم برضاها .

ومن قال ان علة المنع هي للتعبد قال ان الخلع في الحيض لا يجوز لأنه بدعة ولا أثر لرضا الزوجة في الموضوع .

وقال الخرشي[2] من قال ان علة منع الطلاق في الحيض هي للتعبد ، منع الخلع في الحيض وان رضيت المرأة لأن الحق لها ولأنها أعطيت عليه مالاً ويلزم عليه أن يجبر المطلق على أن يراجعها وان لم تقم المرأة بذلك .

وقال الحنابلة أن منع الطلاق في الحيض كان لمنع الضرر عن المرأة وما دام الخلع تم برضا الزوجين وبعد أن وافقت الزوجة فلا ضرر عليها .

جاء في المغني[3] : لا بأس بالخلع في الحيض والطهر الذي أصابها فيه ، لان المنع من الطلاق في الحيض ، من أجل الضرر الذي يلحقها بطول العدة ، والخلع لازالة الضرر الذي يلحقها بسوءالعشرة والمقام معمن تكرهه وتبغضه،وذلك أعظم من ضررطولالعدة فجاز دفع اعلاهما بادناهما . ولذلك لم يسأل النبي صلى الله عليه وسلم المختلعة عن حالها[4] ولان ضرر تطويل العدة عليها والخلع يحصل بسؤالها فيكون ذلك رضاء منها به ودليلا على رجحان مصلحتها فيه .

---

(١) مختصر المزني ٥١/٤ .

(٢) شرح الخرشي ١٦٩/٣ .

(٣) المغني ١٧٤/٨ .

(٤) يقول ابن حجر في فتح الباري ٣٣١/٩ : لكن يجوز ان يكون ترك ذلك لسبق العلم به او كان قبل تقريره فلا دلالة فيه لمن يخصه من منع طلاق الحائض .

وقال في كشاف القناع [1] : لا بأس به في الحيض والطهر الذي أصابها فيه اذا كان بسؤالها .

أما ابن تيمية فقد ذهب منحى آخر فقال بأن الخلع ليس مكروها في الأصل كالطلاق ولهذا أبيح في حالة الحيض .

قال ابن تيمية[2] : « وليس هو من الطلاق المكروه في الأصل . ولهذا يباح في الحيض بخلاف الطلاق » .

الاشهاد في الخلع :

هل يشترط الاشهاد في الخلع ؟ ... أم لا يشترط ذلك باعتبار أنه ايجاب وقبول ؟ ..

لم أجد ــ فيما اطلعت عليه ــ من اشترط ذلك إلا الامامية الجعفرية حيث قالوا : لا يصح الخلع إلا أمام شاهدين .

جاء في جواهر الكلام [3] ويشترط أن يكون أمام شاهدين يسمعان صيغة الايجاب والقبول .

وفي رأينا ان المخالعة اذا تمت أمام القاضي أو بناء على قرار الحكمين ينوب هذا مناب الأشهاد الذي شرع للتوثيق والتروي .

* * *

---

(١) كشاف القناع ١٦٨/٥ وقال شارح الاقناع : لانها رضيت بادخال ضرر تطويل العدة على نفسها .

(٢) فتاوى ابن تيمية ٦٣/٣ .

(٣) جواهر الكلام ٣٦١/٥ .

الفرع الرابع

العوض

سنبحث في هذا الفرع ثلاثة أمور :

١ ــ مشروعية أخذ العوض على الطلاق .

١ ــ مقدار هذا العوض .

٣ ــ نوع العوض الذي يتم به الخلع .

المطلب الاول ــ مشروعية اخذ العوض

جاء تشريع الخلع في القرآن الكريم بقوله تعالى : « ولا يحل لكم أن تأخذوا مما اتيتموهن شيئاً الا ان يخافا الا يقيما حدود الله ، فان خفتم الايقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ، تلك حدود الله فلا تعتدوها ،ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون » .

لا خلاف بين المسلمين على من أراد أن يخالع امرأة على عوض فذلك جائز له ، اذا خيف عدم اقامة حدود الله بينهما . أي اذا لم يراع احد الزوجين ما أوجبه الله عليه من واجبات نحو زوجة الآخر[1] .

أما الخلاف بين الفقهاء فهو حول جواز أخذ المال من الزوجة هل هو مشروط أم غير مشروط ؟

---

(١) قلنا في بحث مصادر الخلع ان هناك من ادعى نسخ الخلع ولكن لم يتابع احد هذا الرأي فلا عبرة به .

قال بعض الفقهاء أن أخذ المال مشروط بوجود الشقاق بين الزوجين أي حين الخوف من عدم اقامة حدود الله . وحدود الله بين الزوجين هي ما فرضته الشريعة الاسلامية على كل منهما نحو شريكه الآخر ، وذلك بقوله تعالى : « الا أن يخافا الا يقيما حدود الله » .

وقال بعضهم أن هذا وان ذكر في القرآن الكريم ، ولكن ليس على سبيل الشرط بل على أنه الغالب من الأمر[1] .

والذين قالوا يشترط الشقاق اختلفوا فيما بينهم هل هذا يجب أن يكون من أحد الزوجين أم من كليهما . وإذا لم يكن كذلك فهل يصح الخلع ، ويقع الطلاق رجعياً غير بائن ، أم ان الخلع في هذه الحالة غير صحيح والزوجية قائمة دون طلاق .

سأذكر هنا حجج من اشترط وجود الشقاق لجواز الخلع وأخذ الزوج المال . ثم أذكر شرطين من الشروط التي وضعها الفقهاء في الخلع وهي : شرط الكراهية من الزوجة . وشرط عدم المضارة من الزوج .

١ ـ شرط الشقاق والخلاف بين الزوجين لجواز الخلع :

قال الجمهور : لو خالع الرجل زوجته والاخلاق ملتئمة صح الخلع ولكن ذلك مكروه ودليل ذلك :

١ ـ قوله تعالى : « فان طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً » فهذا صريح باباحة وطيبة أخذ المال من الزوجة اذا كان ذلك برضاها دون أن يكون هناك أي شرط من وجود شقاق أو خلاف أو غيره[2] .

٢ ـ وقالوا اذا جاز للزوج أن يأخذ المال من زوجته على طلاقها في حال الشقاق والنزاع وهي غالباً التي تكون فيها مضطرة للخلاص من زوجها ، افلا يجوز للزوج أن يأخذ من مالها لطلاقها وهي في حالة الرضاء والاخلاق ملتئمة .

---

(١) احكام القرآن للجصاص ٤٦٦/١ احكام القرآن لابن العربي ١٩٣/١ .

(٢) تفسير الرازي ٣٧٥/٢ .

وقال الزيدية والظاهرية والجعفرية :

لا يجوز للزوج أخذ المال الا بوجود الشقاق ، واستدلوا :

١) ان الأصل عدم حل أخذ مال الغير إلا بحق ، وفي موضوع الخلع حرم الله ذلك واباحه في وضع معين حيث قال : « الا أن يخافا الا يقيما حدود الله » بعد أن ذكر التحريم بقوله : « ولا يحل لكم ... » ولم يكتف القرآن بذلك بل هدد من يخالف هذه الأحكام بقوله : « تلك حدود الله فلا تعتدوها ..

٢) وقوله تعالى : « فان خفتم شقاق بينهما فابعثوا .. » اشترط الله أيضاً وجود الشقاق بين الزوجين لبعث الحكمين للصلح أو التفريق . فاذا ما فرق فقد يحكم بعوض على الزوجة تدفعه لزوجها ولهذا اشترط الشقاق .

٣) ان السنة النبوية بينت أحكام الخلع في حادثة ثابت بن قيس إثر شكوى امرأة زوجها من سوء معاملتها ، فدل على أن مشروعية الخلع كانت بعد أن وجد الخلاف والشقاق بين الزوجين .

وردوا على حجج الجمهور بقولهم :

١ ــ أما قوله تعالى : فان طبن لكم .. فهذا في غير موضوع الخلع فلا علاقة له بما نحن فيه . انما ورد فيما اذا تركت الزوجة مهرها لزوجها بطيبة من نفسها والزوجية قائمة لا حين انفصالهما فالقياس مع الفارق .

٢ ــ وأما قولهم أنه لما جاز في حال الشقاق أخذ مالها فيجب أن يجوز في حال الرضا بالأولى فغير صحيح . لأن الله نص في الخلع على أخذ المال مع الحظر بقوله : وان أردتم استبدال .. وقوله : ولا يحل لكم .. ونص على الاباحة في محل آخر في موضوع آخر وهو قوله : فان طبن . .

قال الجصاص : فقول القائل لما جاز أن يأخذ مالها بطيبة من نفسها من غير خلع جاز في الخلع ، قول مخالف لنص الكتاب [1] .

---

(١) احكام القرآن للجصاص ص ٤٦٦/١ .

٢ ـ شرط الكراهية من الزوجة :

وسنبحث الآن شرط الكراهية من الزوجة ، فقد ذهب فريق كبير من الفقهاء ، الى أنه لا يجوز الخلع الا بوجود الكراهية من الزوجة ، لئلا يتخذ الأزواج ظلم زوجاتهم ذريعة لسلب أموالهم حتى تفتدي الزوجة نفسها بما تملك . وقد يرد على هذا الشرط ان الله تعالى لم يخص المرأة بذلك بل قال « الا أن يخافا الا يقيما حدود الله » فالخوف من عدم اقامة حدود الله ليس من الزوجة فحسب بل من الزوجين .

وقد أجاب الطبري على ذلك أحسن جواب فقال : ان الزوجة حين تكره زوجها تقصر في أداء واجباتها ففي هذه الحال يخشى من الزوج أن يقابل اساءتها بنفور وكراهية مثلها .

وهنا جاء أمر الشارع فأوجب على المسلمين التدخل للصلح بينهما . فأما اذا كان التفريط من كل واحد منهما في واجب حق صاحبه قد وجد وسوء الصحبة والعشرة قد ظهر للمسلمين فليس هناك للخوف موضع ،اذ كان الخوف قد وجد. وانما يخاف وقوع الشيء قبل حدوثه فأما بعد حدوثه فلا وجه للخوف منه ولا الزيادة في مكروهه[1] ...

وأما اراء المذاهب ، فقد ذهب جمهور الفقهاء الى عدم اشتراط الكراهية من الزوجة لصحة الخلع ، وخالف في ذلك بعض المذاهب :

١ ـ قال الظاهرية والزيدية والجعفرية : اذا خالع الزوج زوجته ، ولم تكن كارهة له او ناشزة فالخلع باطل ، لأنهُ لا يجوز أخذ مال الغير بدون حق ، والله حين أباح الخلع وأخذ الفدية انما اباحه بشرط أن تكون الزوجة ناشزة أو كارهه فاذا فعل ذلك وجب عليه رد المال الى زوجته .

ولكن اختلف الظاهرية عن الزيدية والجعفرية في وقوع الطلاق .

---

(١) تفسير الطبري ٥٦٢/٨ ويفسر الآية بقوله : فان خفتم ايها المؤمنون ان لا يقيم الزوجان ما حد الله لكل واحد منهما على صاحبه من حق والزمه به من فرض ، وخشيتم عليهما تضييع فرض الله وتعدي حدوده في ذلك فلا جناح حينئذ عليهما فيما افتدت به المرأة نفسها من زوجها .

قال الظاهرية لا يقع والزوجية على حالها .

وقال الجعفرية والزيدية يقع الطلاق رجعيا .

الظاهرية :

جاء في المحلى[1] : « فان وقع بغيرهما ، اذا خافت ان لا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها — فهو باطل ويرد عليها ما أخذ منها وهي امرأته كما كانت ويبطل طلاقه ويمنع من ظلمها » .

وروى ابن حزم عن طريق عبد الرازق عن معمر عن الزهري : « لا يحل له أخذ شيء من الفدية حتى يكون النشوز من قبلها . ان تظهر له البغضاء وتسيء عشرته وتعصي أمره .. »

الجعفرية :

أما الجعفرية فقالوا في اللمعة الدمشقية[2] : « ولا يصح الخلع الا مع كراهيتها فلو طلقها ولم تكره بطل البذل ووقع الطلاق رجعياً . »

وقال شارح اللمعة في الروضة البهية[3] : فلو طلقها والاخلاق ملتئمة بطل البذل ووقع رجعيا ...

ومثل ذلك جاء في المختصر النافع[1] لو خالعها والاخلاق ملتئمة لم يصح ، ولم يملك الفدية .

---

(١) المحلى ١٠/٢٣٥ .

(٢) اللمعة الدمشقية ٢/١٦٥ .

(٣) الروضة البهية ٢/١٦٥

ومن الجدير بالذكر ان اشير الى ان الطلاق يقع رجعياً بمعنى انه يأخذ حكم الطلاق كما لو كان بدون مال بمعنى انه لو كان قبل الدخول او كانت الطلقة الثالثة لكان بائناً بدون خلاف .

(٤) المختصر النافع ص ٢٠٧ .

وجاء في جواهر الكلام [1] لو خالعها والأخلاق ملتئمة أي لا كراهية بينهما لم يصح الخلع ولا يملك الفدية بلا خلاف ولا أشكال[2] .

الزيدية :

وقال الزيدية في المنتزع المختار[3] : لا يصح الخلع الا بشرطين : ثانيهما أن تكون ناشزة عن شيء مما يلزمها له من فعل او ترك . ومن النشوز أن تؤذيه بلسانها بشتم او غيره .

وقال بعض الزيدية : يصح الخلع بتراضيهما ولو لم يكن منها نشوز او من غيرها حتى لو كانت صغيرة متى كان العوض من غيرها [4] .

وقال في الروض النضير[5] : وأخذ المال محرم إلا في حال واحدة هي قوله تعالى : « فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما » .

وقال في التاج المذهب[6] ويشترط لصحة الخلع : ان تكون وقت الخلع ناشزة ولا نشوز مع سوء العشرة منه أو إضراره .

وعند الحنابلة : قول للامام أحمد يحتمل التحريم اذا لم يكن النشوز من الزوجة فقد جاء في المغنى [7] :

---

(١) جواهر الكلام ٣٦٠/٥ .

(٢) يلاحظ من هذه النصوص ان بعضها يشترط كراهية الزوجة وبعضها يشترط الكراهية منهما دون تحديد . والصحيح أن الكراهية يجب ان تكون من الزوجة وسبب التفرقة انهم يفرقون بين الخلع والمبارأة ولكن الراجح انه لا فرق بينهما .

قال في السرائر ٣٤٩ : الخلع لا يكون الا بكراهة من جهة المرأة دون الرجل والمبارأة تكون الكراهة منهما . وقال :

اما اذا كانت الحال بين الزوجين عامرة والاخلاق ملتئمة واتفقا على الخلع فبذلت له شيئاً على طلاقها لم يحل ذلك وكان محظوراً لاجماع اصحابنا .

(٣) المنتزع المختار ٤٣٦/٢ والشرط الاول هو ان تكون صحيحة التصرف .

(٤) الروضة الندية ٦٢/٢ .

(٥) الروض النضير ١٦٩/٤ .

(٦) التاج المذهب ١٧٦/٢ .

(٧) المغني ١٧٤/٨ .

ويحتمل كلام الامام أحمد تحريمه فإنه قال : الخلع مثل حديث سهلة تكره الرجل فتعطيه المهر فهذا الخلع[1] .

أما الاباضية : فلم يشترطوا أن تكون الكراهية من الزوجة بل قالوا بوجود النشوز من أحدهما لجواز الخلع .

قال في شرح النيل : ولا يجوز لأحدهما الفداء الا بنشوز من الآخر أو بأس [2] .

وقال ابن حجر من الشافعية[3] : ان الشقاق اذا حصل من قبل المرأة فقط جاز الخلع والفدية ولا يتقيد ذلك بوجوده منهما جميعا وان ذلك يشرع اذا كرهت المرأة عشرة الرجل ولو لم يكرهها ولم ير منها ما يقتضي فراقها ..

* * *

٣ ـ شرط عدم المضارة من الزوج :

لا مجال للبحث في المذاهب التي اشترطت الكراهية من الزوجة في الخلع بحيث لو لم تكن كذلك لكان الخلع باطلاً وهي الظاهرية والزيدية والجعفرية[4] .

أما المذاهب التي أجازت الخلع مع الكراهة في حالة عدم نشوز الزوجة اشترطت ألا يكون **ذلك** بتضييق وارهاق الزوج لتفتدي نفسها منه . فهذه المذاهب اختلفت أيضاً في حال عضل الزوج واضراره بالزوجة هل يقع أم لا يقع ؟ ...

قال الحنابلة : اذا عضل الزوج زوجته لتفتدي نفسها منه فلا يجوز الخلع وان كان بالتراضي ويقع الطلاق رجعياً ويرد لها ما أخذ منها .

---

(١) ولكن جاء في الانصاف ٣٨٣/٨ فان خالعته بغير ذلك وقع مع استقامة الحال ـ وهذا المذهب .

(٢) شرح النيل ٤٩٨/٣ .

(٣) فتح الباري ٣٥١/٩ .

(٤) اجاز الجعفرية العضل في حال واحدة وهي اذا اتت زوجته بفاحشة وهي الزنا فيجوز العضل لتفتدي نفسها لقوله تعالى : « ولا تعضلوهن فتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا ان يأتين بفاحشة مبينة » وقيل لا يصح ذلك . الروضة البهية ١٦٦/٢ .

جاء في الانصاف[1] : فأما أن عضلها لتفتدي نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود والزوجية بحالها . إلا ان يكون طلاقاً فيقع رجعياً[2] .

وقال في المغني[3] : اذا عضل الرجل زوجته وضارّها بالضرب والتضييق عليها أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك لتفتدي نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود .

وذهب المالكية لأكثر من ذلك فقالوا اذا تم الخلع وقبض الزوج العوض ثم تبين أن سبب الخلع أضرار الزوج بزوجته أذ أن به عيباً يجيز لها طلب الفرقة قالوا يرد عليها ما أخذه منها .

قال الخرشي [4] : اذا ادعت المرأة بعد المخالعة انها ما خالعته الا عن ضرر وأقامت بينة سماع على ذلك فان الزوج يرد ما خالعها به وبانت منه . ولا يشترط في هذه البينة السماع من الثقات والمقصود بالضرر : الضرر الذي لها التطليق به .

وجاء في المدونة [5] قلت : أرأيت لو كان النشوز من قبل المرأة ايحل للزوج أن يأخذ منها ما أعطته على الخلع قال : نعم اذا رضيت بذلك ولم يكن في ذلك ضرر منه لها .

وقال القرطبي[6] : وان كان النشوز من قبل الرجل بأن يضيق عليها ويضرها رد عليها ما أخذ منها .

---

(١) الانصاف ٣٨٣/٨ .

(٢) في وقوع الطلاق رجعياً او بائناً خلاف منشأه الخلاف حول وقوع الخلع بدون عوض ، فمن قال ان الخلع بدون عوض يقع بائناً قال هنا يقع بائناً ومن قال يقع رجعياً قال ايضاً هنا يقع رجعياً لأن الخلع في حال العضل ورد المال يأخذ حكم الخلع بدون عوض فليراجع في محله .

(٣) المغني ١٧٨/٨ .

(٤) شرح الخرشي ١٥٨/٣ .

(٥) المدونة ١٧/٥ .

(٦) تفسير القرطبي ١٣٩/٣ .

وقال الدسوقي[1] وقال عبد الملك : اذا ظهر العيب بالزوج رد ما أخذ منها لأنها كانت مالكة لفراقه .

وجاء في الموطأ[2] :

قال مالك في المفتدية من زوجها **أنه اذا علم ان زوجها أضرّ بها وضيّق عليها وعُلم انه ظالم لها ، مضى الطلاق ، وردّ عليها .**

وقال مالك : فهذا الذي كنت اسمع والذي عليه أمر الناس عندنا

وقال الأحناف : أنه لا يجوز للزوج أن يعضل زوجته وأن يؤذيها لتفتدي نفسها منه وان فعل جاز قضاء ولكن لا يجوز أن يأخذ مما أعطاها شيئاً ديانة ، وكل هذا أيضاً بينه وبين ربه أما في القضاء فالكل جائز .

ويبدو لي ان سبب ما ذهب اليه الاحناف رغم ان النهي صريح بقوله تعالى : « ولا تعضلوهن فتذهبوا ببعض ما أتيتموهن » : ان النهي عندهم لا يقتضي فساد المنهي عنه اذا كان النهي لا لذات المنهى عنه .

أما الحنابلة فالنهي عندهم يقتضي فساد المنهى عنه ولذلك قالو ا ببطلان الخلع في هذه الحالة .

ولهذا فان ابن الهمام وان مال الى رأي الظاهرية في عدم حل أخذ المال في حال عدم النشوز وان كان برضاها ، عاد فقال الا ان الخلع صحيح ، لأن النهي لا يعني الخلع بل الأمر خارج عنه كالبيع وقت النداء[3] .

قال في البحر الرائق[4] : ويكره للزوج أخذ شيء منها اذا كان النشوز من قبله .

---

(١) حاشية الدسوقي على الدردير ٢/٢٩٠ .

(٢) الموطأ ٣/١٨٥ .

(٣) فتح القدير ٣/٢٠٣

(٤) البحر الرائق ٤/٨٣ . وقال في المبسوط : الاصل في الخلع ان النشوز اذا كان من الزوج فلا يحل له ان يأخذ منها شيئاً بازاء الطلاق بقوله تعالى : وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً . ثم قال هذا ديانة . اما في الحكم فالخلع صحيح والمال واجب .

والمراد بالكراهية كراهة التحريم المنتهضة سبباً للعقاب . والحق ان الأخذ في هذه الحالة حرام قطعاً لقوله تعالى « فلا تأخذوا منه شيئاً » ولا يعارضه الآية الأخرى « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » لأن تلك فيما اذا كان النشوز من قبله فقط والأخرى فيما اذا خافا الا يقيما حدود الله فليس من قبله فقط نشوز . على أنهما لو تعارضا كانت حرمة الأخذ ثابتة بالعمومات القطعية فان الاجماع على حرمة أخذ مال المسلم بغير حق .

وفي امساكها لا لرغبة بها بل اضرارا لها وتضييقاً ليقتطع مالها في مقابلة خلاصها من الشدة التي هي معه فيها ذلك . « ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا . ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه » . فهذا دليل قطعي على حرمة أخذ مالها فيكون حراماً ، الا أنه لو أخذ جاز في الحكم وان كان بسبب خبيث .

وقال الاباضية[1] : ومن تغلب على زوجته فحمّلها مالا تطيقه من تضييع حقوق وضيق معيشة وسوء معاشرة حتّى افتدت منه لم يحل له أخذه فيما عند الله وان جاز في الحكم . ولزمه الرد أن تاب . ولها أن تأخذ من ماله خفية .

وقال صاحب الروضة الندية[2] : اذا اذاها بمنع بعض حقوقها حتّى ضجرت فاختلعت نفسها فهذا الفعل منه حرام ولكن الخلع نافذ .

ويبدو لي ان الرجل اذا عضل زوجته ليأخذ منها مالا على طلاقها أمر منهي عنه بنص القرآن بقوله تعالى : « ولا تعضلوهن ... » والنهي يقتضي فساد المنهى عنه لدى الحنابلة والمالكية والجعفرية . ولهذا وجب على الزوج أن يرد ما دفعه الى زوجته فان لم يفعل فعلى الزوجة أن ترفع أمرها الى القضاء وعلى القاضي أن يحكم لها بذلك .

* * *

---

(١) شرح النيل ٤٩٨/٣ .

(٢) الروضة الندية ٥٩/٢ .

المطلب الثاني ـ مقدار العوض

قلنا ان بعض المذاهب لا تجيز الخلع الا اذا كان النشوز من جانب الزوجة وأما إذا كان من جانب الزوج فيبطل الخلع ويرد المال ، وفي وقوع الطلاق خلاف . وقد أجازت بعض المذاهب الخلع ولو كان النشوز من جانب الزوج . أما فيما يتعلق بمقدار العوض فقد اختلفت الآراء في تحديده .

قال الفخر الرازي[1] : قال بعض لا يجوز أن يأخذ أكثر مما أعطاها ... وقال آخرون بل دون ما أعطاها .

وأما سائر الفقهاء فانهم جوزوا بالمخالعة بالأزيد والأقل والمساوي .

وقال الطبري [2] : « غير اني أختار للرجل استحبابا لا تحتمياً اذا تبين من امرأته ان افتداءها منه لغير معصية الله ، بل خوفاً منها على دينها أن يفارقها بغير فدية ، ولا جعل فان شحت نفسه بذلك ، فلا يبلغ بما يأخذ منها جميع ما أتاها » .

ولهذا فسنقسم هذا البحث الى شعبتين :

١ ـ اذا كان النشوز من جانب الزوجة .

٢ ـ اذا كان النشوز من جانب الزوج .

أولاً : فاذا كان النشوز من جانب الزوجة فهل يحل للزوج أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها أم لا يجوز ذلك ؟ ...

الفقهاء في هذا الموضوع على ثلاثة أقوال :

١) لا يجوز أن يأخذ الزوج أكثر مما أعطاها اذا كان النشوز من جانبها .

٢) يجوز له أن يأخذ أقل أو أكثر مما أعطاها .

٣) لا يجوز أخذ الزيادة ديانة وتجوز قضاء .

---

(١) تفسير الرازي ٢/٣٧٧ .

(٢) تفسير الطبري ٤/٥٨٠ .

١ ــ قال الزيدية لا يجوز الخلع بأكثر مما دفع الزوج لزوجته من مهر وما للزوجة عند زوجها من حقوق نفقة لها ولأولادها . فلو خالعها على أكثر من ذلك بطلت الزيادة .

جاء في المنتزع المختار[1] : « ولا يحل منها أكثر مما لزم بالعقد لها ولأولادها منه . أي مهرها ونفقتها ونفقة عدتها وأجرة تربية الاولاد الصغار ونفقتهم » .

وقال في التاج المذهب[2] : « وان كان النشوز من الزوجة فلا يحل للزوج أن يأخذ منها غير تبرع ، أكثر مما لزم عليه وجوباً بعقد النكاح الذي خالعها فيه من مهر ونفقة وكسوة مما هو واجب لها من يوم تزوجها الى يوم الخلع وما لزم لها من نفقة العدة الى يوم انقضائها وكذا ما لزم لها من تربية وحضانة لأولادها الى سن الاستقلال » .

وقال في الروضة الندية[3] : « ويجوز بالقليل والكثير ما لم يجاوز ما صار اليها منه » .

٢ ــ وقال الظاهرية والجعفرية والشافعية والمالكية يجوز أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها ما دام ذلك بالتراضي بين الزوجين .

جاء في المحلى[4] : « ولها أن تفتدي بجميع ما تملك » .
وجاء في الروضة البهية[5] : « ويجوز أن يأخذ منها زائداً عما وصل اليها منه » .
وقال في السرائر[6] « ويجوز أن يأخذ منها مهر مثلها وزيادة » .
وجاء في مغني المحتاج : يصح العوض قليلاً أو كثيراً[7] .
قال ابن رشد في بداية المجتهد : وجائز عند مالك ان تختلع بأكثر مما يصير لها من

---

(١) المنتزع المختار ٢/٤٤٢ .
(٢) التاج المذهب ٢/١٨٤ .
(٣) الروضة الندية ٢/٦٠ وقال الشوكاني في تفسير الفتح القدير : وظاهر القرآن جواز الزيادة على دفعه لعدم تقييده بمقدار معين ١/٢١٣ .
(٤) المحلى ١٠/٢٣٥ .
(٥) الروضة البهية ٢/١٦٦ .
(٦) السرائر ص ٣٤٩ .
(٧) مغني المحتاج ٣/٢٦٥ .

الزوج في صداقها اذا كان النشوز من قبلها[1] .
وقال مالك في الموطأ : لا بأس بأن تفتدي المرأة من زوجها بأكثر مما أعطاها[2] .

٣ ـ وقال الاحناف والحنابلة لا يجوز أن يأخذ أكثر مما أعطاها فان فعل ذلك أثم ديانة والخلع صحيح ولا يرد ما أخذ قضاء لا ديانة .
وفي رواية عند الحنابلة عن أحمد أنه يرد الزيادة .
قال الجصاص : وقال أبو حنيفة وزفر أبو يوسف ومحمد : اذا كان النشوز من قبلها حلّ له أن يأخذ منها ما أعطاها ولا يزداد . فان فعل جاز في القضاء[3] .
وجاء في الانصاف : ولا يستحب أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها . فان فعل كره وصح . هذا المذهب . وقال أبو بكر لا يجوز ويرد الزيادة . وهو رواية عن أحمد[4] .

ما نراه في تحديد عوض الخلع .

والذي أراه أن قوله تعالى : « ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً الا أن يخافا الا يقيما حدود الله» . فيه ما يدل على حظر أخذ أكثر مما أعطاها ولهذا فيجب تحديد بدل الخلع بما دفعه لها لا أكثر من ذلك لمفهوم الآية الكريمة بقوله تعالى : « مما آتيتموهن... ».
وهناك أمر آخر وهو اننا اذا أردنا عدم تحديد مقدار العوض ، تعسف الزوج في عوض الخلع وبذلك لا يتحقق .
ودليلنا في هذا قوله صلى الله عليه وسلم لزوجة ثابت بن قيس : أما الزيادة فلا .
وعلى هذا فاننا نرى أن ينص المشرع على تحديد بدل الخلع بمبلغ لا يتجاوز الصداق الذي ساقه الزوج لزوجته للأمور التالية .

١ ـ لمدلول الآية الكريمة : ولا يحل لكم ...
٢ ـ وللحديث النبوي في قصة ثابت بن قيس ...
٣ ـ وللمصلحة التي تؤمن تحقيق الخلع بشكل لا يتعسف الزوج في قبوله .

---

(١) بداية المجتهد ٢/٤٠ .
(٢) الموطأ ٣/١٨٥ .
(٣) احكام القرآن للجصا ص ١/٤٨٤ .
(٤) الإنصاف ٨/٣٩٨ .

ثانياً : اما اذا كان النشوز من جانب الزوج والكراهية منه :

ان المذاهب التي لم تجز الخلع الا اذا كان النشوز والكراهية من جانب الزوجة فلا مجال **للبحث فيها عن مقدار العوض**[1] .

اما المذاهب الأخرى فقد اختلفت

قال الاحناف : اذا كان النشوز من جانب الزوج فلا يصح أن يأخذ على خلعها شيئاً أبداً ، أما ان فعل ذلك وأخذ بدلاً عن الخلع جاز قضاء واثم ديانة .

قال الجصاص : وان كان النشوز من قبله لم يحل له أن يأخذ منها شيئاً **فان فعل جاز** في القضاء[2] .

وقال : اذا خلعها على أكثر مما أعطاها أو خلعها على مال والنشوز من قبله ان ذلك جائز في الحكم وان لم يسعه فيما بينه وبين الله تعالى .

وقال الثوري : اذا كان من قبله فلا يحل له أن يأخذ منها شيئاً .

وقال في مجمع الأنهر[3] : « وكره تحريماً وقيل تنزيهاً للزوج أخذ شيء من المهر وان قل لقوله تعالى « فلا تأخذوا منه شيئاً » ان نشز الزوج وكرهها وباشر أنواع الأذى . وكره أخذ أكثر مما أعطاها من المهر ان نشزت المرأة » .

وهنا نرى انه لا يجوز للزوج ان يأخذ في حال نشوزه شيئاً مما اعطاها والا كان ذلك سبيلاً لارهاق الزوجات في سبيل التخلص من حياتهن الزوجية بدفع اموالهن لأزواج فسدت أخلاقهم وضاعت ضمائرهم وهذا **يخالف مذهب الاحناف فانهم قالوا لا يجوز ديانة . واي مانع لدى القاضي ان يحكم بالديانة اليس العمل بالديانة هو الأوفق للمصلحة والاكثر عدالة .**

---

(١) يلاحظ في المذهب الجعفري ان الذين فرقوا بين الخلع والمبارأة قالوا في الخلع لا يجوز ولا يقع الا اذا كانت الكراهية من الزوجة أما في المبارأة فيجوز أن تكون الكراهية منهما ويجوز أن يأخذاكثر من المهر . السرائر ص ٣٤١ .

(٢) احكام القرآن للجصا ص ١/٤٦٤ — ٤٦٧ .

(٣) مجمع الانهر ١/٤٤٧

المطلب الثالث ـ نوع العوض الذي يتم به الخلع

كل ما صح أن يكون مهراً صح أن يكون بدل خلع بين الزوجين . سواء أكان قيمياً أم مثلياً أو منفعة مقدراً بمال[1] . واذا ما فسد عوض الخلع انقلب الى خلع بدون عوض فيأخذ حكمه .

ولا خلاف بين الفقهاء في أنه يجوز أن يكون بدل الخلع نفقة الزوجة على زوجها ، أو نفقة ولدها الصغير ، أو أجرة حضانته ، على أن تكون المدة محددة معلومة[2] .

فاذا لم تقم الزوجة بالانفاق على ولدها في المدة المقررة أو مات خلالها يعود الزوج على زوجته بالنفقة عن المدة المتبقية في ذمتها[3] وكذلك لو أعسرت بالانفاق على طفلها تعود على زوجها بالنفقة وذلك لمصلحة الصغير[4] .

الخلع على اسقاط حق احد الزوجين في امساك ولده مدة الحضانة :

اذا خالعت الزوجة زوجها على أن تمسك ابنها بعد تجاوزه سن الحضانة الى أن يبلغ

---

(١) المال في الاصطلاح الفقهي كل ما يمكن تملكه وادخاره لوقت الحاجة . تاريخ التشريع الاسلامي للدكتور محمد سلام مدكور ص ٢٧٦ ط ١٩٥٩ .

(٢) جاء في الفتاوي المهدية ٣٧٩/١ سئل في امرأة أبرأت زوجها ، وتحملت نفقة اولادها منه ، وارضاعهم في نظير طلاقها على طلقة بائنة ، فهل يكون لها الرجوع عليه ومطالبته باجرة الحضانة والنفقة ، حيث لم يقع تعيين لمدة التحمل المذكورة . اجاب في التنوير : شرط البراءة من نفقة الولد ان حددت له وقتاً كسنه صح ولزم والا لا .

انظر حكماً لمحكمة مصر الابتدائية الشرعية ١٩٤٢/١٠/٢٦

(٣) وخالف بذلك الاباضية فقالوا لا يرجع الوالد على الزوجة بشيء اذا مات الولد . شرح النيل٤٨١/٣.

(٤) جاء في حكم لمحكمة الجمالية الشرقية بمصر : المنصوص عليه شرعاً ان المرأة اذا اختلعت من زوجها برضاع ولدها الذي هي حامل به الى سنتين جاز وعليها اذا مات او لم يكن ثمت في بطنها ولد او ماتت هي ، قيمة الرضاع واجرة رضاع سنة اذا مات بعد سنة من تاريخ ولادته الا اذا استثنت حالة الموت عند اشتراط ذلك فلا تضمن . المحاماة الشرعية س ١٠ ع ٤ ٢٠ نوفمبر ١٩٣٣ ١٢ شعبان ١٣٤٢ هـ .

الحلم او اتفق على أن تسقط الزوجة حقها لزوجها في امساك الطفل فهل يجوز الخلع ويصح الشرط ؟؟ .

اختلف الفقهاء في هذا الشرط وسبب الخلاف في نظري يعود الى حق الحضانة نفسه هل هو حق خاص للحضانة يسقط بالاسقاط بحيث يجوز لها التنازل عنه ، أم هو حق للطفل تلزم به الأم أو الوالد ولا يجوز لأحدهما التنازل للآخر عنه ؟ ..

ذهب الاحناف الى أن حق الحضانة هو حق الطفل لا يملك أحد الابوين التنازل عنه فاذا تخالعا على ذلك صح الخلع وبطل الشرط كما هو حق للحاضن أيضاً .

جاء في المبسوط[1] :

لا يجوز الخلع على أن تتنازل عن حضانة ولدها لأبيه لأن هذا حق الولد . وبقاؤه عند امه انفع له . ولهذا لو تزوجت شخصاً آخر عاد الى أبيه لأنها تشغل بخدمة زوجها الثاني وطالما أنه حق للولد فليس لها أن تبطله بالشرط فاذا خالعته على أن تترك الولد عنده فالخلع جائز والشرط باطل[2] .

جاء في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية[3] : اذا اختلعت المرأة من زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل اذ أن الأم تكون أحق بالولد لحق الولد فان كون الولد عندها أنفع له ... واذا ثبت ان هذا من حق الولد فليس لها أن تبطله بالشرط .[4]

---

(١) المبسوط ١٦٩/٦ .

(٢) هذا بخلاف ما اذا اختلعت على امساك ابنتها عندها الى ان تبلغ الحلم.فان ذلك صحيح لان من الفقهاء من جعل للام هذا كله . فرق الزواج الشيخ علي الخفيف ص ١٧٦ .

(٣) محكمة القاهرة الابتدائية ١٨/٣/١٩٥٦ .

(٤) من الفروع الفقهية التي ذكرها الأحناف والتي تدل على ان الحضانة حق للحاضن :

ا – اذا ارضعت الطفل مرضع غير أمه فيجب ان يكون الارضاع لدى الأم حفظاً لحقها في طفلها المحضون

ب – لا يجوز للأب ان ينقل الطفل المحضون من البلد الذي تقيم فيه الحاضن ولو كان في البلد الآخر حاضنة أخرى تليها بالترتيب .

ج – وكذلك ليس للأب او القاضي نزع حضانة الصغير من حضانته اذا توافرت اهلية الحضانة لديها لنقله الى حاضنة اخرى تليها .

مما يمكن القول بأن حق الحضانة هو حق مشترك لكل من الطفل المحضون والحاضن .

راجع الزواج والطلاق للمؤلف ٤٥٦

جاء في الفتاوى الخيرية : سئل في رجل سألته زوجته أن يطلقها على ارضاع ولدها الذي هي حامل به وعلى امساكه مدة سنين معلومة فطلقها على ذلك هل يلزمها ذلك ويكون حكمه حكم الخلع ؟ .

فأجاب : نعم يلزمها شرعاً فقد صرحوا بصحة الخلع على امساك الولد مدة معلومة وعلى ارضاعه اذا كان رضيعاً وان لم يبين المدة وترضعه حولين .

المالكية :

أما المالكية فالمعروف عندهم أنه يجوز للزوجة أن تتنازل عن الحضانة لزوجها . ولكني وجدت ان هذا الحق مقيد بعدم الاضرار بالولد لان للولد حقاً في حضانته فاذا تضرر الولد لم يجز هذا التنازل اتفاقاً [1] .

وقد نص الدردير في شرحه مختصر خليل على أن الخلع يجوز باسقاط حضانة الزوجة للاب وينتقل الحق له .

ولكن الدسوقي قيد ذلك في حاشيته بقوله « هذا مقيد بأن لا يخشى على المحضون ضرراً أما بعلوق قلبه بأمه أو لكون مكان الام غير حصين والا فلا تسقط الحضانة حينئذ اتفاقاً » .

الامامية :

وقال الامامية يجوز للزوجة أو الزوج التنازل عن حضانة ولدهما اذا تم الاتفاق على ذلك لأنه لم يرد نص في وجوب هذا الحق لأحد الابوين دون الآخر [2] .

* * *

---

(١) الدردير علي خليل ٢/٤٠٨ .

(٢) الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة ص ١١٢ .

الفرع الخامس

الخلع لدى القاضي

هل يشترط أن يكون الخلع لدى القاضي أم أنه يكفي فيه تراضي الزوجين دون أذنه . اختلف السلف في ذلك .

روى الحسن وابن سيرين : ان الخلع لا يجوز الا عند السلطان .

وقال سعيد بن جبير : **لا يكون الخلع حتى يعظها ، فإن اتعظت والا هجرها ، فإن اتعظت والا ضربها ، فإن اتعظت والا ارتفعا الى السلطان ، فيبعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، فيرويان ما يسمعان الى السلطان فإن رأى بعد ذلك ان يفرق فرق وان رأى ان يجمع جمع .**

وروي عن علي وعمر وعثمان وابن عمرو وشريح والزهري . ان الخلع جائز دون السلطان[1] .

وجمهور الائمة والفقهاء على ان الخلع يجوز بدون القاضي .

وخالف بذلك بعض الشيعة الجعفرية فقالوا لا بد من اذن القاضي . أما جمهور الجعفرية فلا يشترطون اذن القاضي ولكنهم قالوا يستحب ذلك .

وهذه آراء جمهور الفقهاء .

جاء في المبسوط[2] : والخلع جائز عند السلطان وغيره ، لانه عقد يعتمد التراضي ،

---

(١) احكام القرآن للجصاص ٤/٤٦٨ .

(٢) المبسوط ٦/١٧٣ .

كسائر العقود وهو بمنزلة الطلاق بعوض . وللزوج ولاية ايقاع الطلاق . ولها ولاية التزام العوض فلا معنى لاشتراط حضرة السلطان في هذا العقد .

وقال ابن قدامه : ولا يفتقر الخلع الى الحاكم[1] . وقال بعد أن ذكر رأي من اشترط اذن السلطان : ولنا قول عمر وعثمان .

ولانه معارضة فلم يفتقر الى السلطان كالبيع والنكاح .

ولأ نه قطع عقد بالتراضي أشبه بالاقالة .

وروى البيهقي : عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير ان رجلا خلع امرأته في ولاية عثمان رضي الله عنه غير السلطان فأجازه عثمان رضي الله عنه[2] .

وقال ابن حزم بعد أن ذكر اقوال الحسن وابن سيرين قال « وهذا كله لا حجة على تصحيحه[3] . »

وقال خليل : « وجاز وهو الطلاق بعوض بلا حاكم[4] » .

وقال الطحاوي بعد أن ذكر رأي من اشترط اذن السلطان : أنه شاذ مخالف لما عليه الجم الغفير[5] ».

وعند الجعفرية قولان : جاء في التهذيب والاستبصار : ولا يكون ذلك الا عند السلطان[6] . ولكني وجدت نصاً معللاً في كتاب مختلف الشيعة يقول فيه[7] : المشهور عند علمائنا : ان الخلع لا يفتقر الى السلطان بل يجوز لغيره .

وقال ابن الجنيد : ولا يكون ذلك عند سلطان قيم بأمر المسلمين .

---

(١) المغني ١٧٤/٨ .

(٢) سنن البيهقي ٣١٥/٧ .

(٣) المحلى ٢٣٧/١٠ .

(٤) حاشية الدسوقي ٤٠٦/٢ .

(٥) الفتح الباري ٣٢٦/٩ .

(٦) التهذيب ٢٧٦/٢ . والاستبصار ٣١٨/٢ وسند الحديث في الاستبصار . رواه احمد بن محمد بن عيسى عن محمد بن اسماعيل بن بزيع عن صفوان عن موسى بن بكر عن زراره عن ابي جعفر عليه السلام قال

(٧) مختلف الشيعة ص ٤٤ مخطوط

ولنا : أنه عقد معاوضة فلم يكن من شرط الحاكم كسائر العقود .
ولأنه طلاق فلا يشترط فيه السلطان .

واحتج : (ابن الجنيد) بما رواه زرارة عن الباقر[1] الى أن قال ولا يكون ذلك الا عند سلطان. ولأنه تعالى قال : «فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به». وهذا خطاب للحاكم والجواب على الأول : بالحمل على الاستحباب . وعن الثاني ان الخطاب مع الازواج وعلى أنه لا يجوز التخصيص للدليل .

ادلة الجمهور :

١ ــ عموم آيات القرآن التي جاءت بحكم الخلع حيث لم تشترط اذن السلطان .
٢ ــ أنه قول عمر وعثمان وجمهور الصحابة .
٣ ــ ان الخلع عقد معاوضة فلا يفتقر الا الى التراضي فهو كسائر العقود التي تتم بدون حضور القاضي .
٤ ــ ان الخلع طلاق والرجل يملك هذا الحق بدون اذن أحد .

ادلة الآخرين :

ذكر ابن الهمام في الفتح القدير أنه لم يجد لمن قال بوجوب اذن السلطان في الخلع حجة لرأيهم ولكنه استظهر لهم دليلا فقال : وأما وجه من قال لا بد من اذن الامام فلم أره . ويظهر أن قوله تعالى : « فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » فانه تعالى شرعه مشروطاً بخوف الأئمة والحكام اذ هم المخاطبون بقوله تعالى : فان خفتم ، وهذا فرع الترافع اليهم[2] .

ومعنى قول ابن الهمام : وهذا فرع الترافع اليهم . أي لا معنى للترافع اذا لم يكن الاذن ضرورياً ، فلو لم يكن اذن القاضي شرطاً في الخلع لما كان هناك معنى للترافع الذي استلزمه اشتراط خوفه[3] .

---

(١) يبدو ان ابن الجنيد احتج بالحديث الذي رويناه في التهذيب وسنده كما ذكرنا في الاستبصار عن زراره ..
(٢) فتح القدير ٣/٢٠٢ .
(٣) رسالة مخطوطة للشيخ عبد الله العشيري في المكتبة الازهرية .

واكني وجدت حجة من قال باشتراط اذن السلطان نقلها ابن حجر في الفتح الباري[1] وهي ما استظهره ابن الهمام .

قال بعد أن ذكر رأي الحسن البصري أنه لا يجوز الخلع دون السلطان قال : واختاره أبو عبيد واستدل بقوله :

١ ــ قوله تعالى : فان خفتم الا يقيما حدود الله .

٢ ــ وبقوله تعالى : « وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها .. »

قال : فجعل الخوف لغير الزوجين ولم يقل فان خافا . وقوى ذلك بقراءة حمزة الا أن يخافا (بالضم) قال : والمراد الولاة .

وجاء في معاني القرآن للفراء قرأها حمزة على هذا المعنى : « الا أن يخافا » ولا يعجبني ذلك وقرأها بعض أهل المدينة كما قرأها حمزة[1] .

ويبدو لي أنه يجب أن نفرق بين حالين : حال التراضي بين الزوجين على المخالعة ، فلا نشترط اذن القاضي . وبين حالة أخرى هي الغالبة ، وهي حال النشف والكراهية من أحدهما للآخر فيجب أن يكون ذلك باذن القاضي ليتحقق على الأقل من شروط الخلع والذي منها على رأي فريق من الفقهاء الكراهية : كراهية الزوجة لزوجها وعدم ظلم الزوج لزوجته وعدم جواز أخذ أكثر مما اعطاها . كل هذه شروط وضعها فريق كبير من الفقهاء . أفلا يستحسن أن يكون كل ذلك باشراف القاضي وحضوره ليسهر على تطبيق أحكام الله في المخالعة بين الزوجين ؟

وخلاصة القول الذي نراه بأنه اذا تم الاتفاق بين الزوجين بالرضا التام على المخالعة فلا حاجة للقضاء ، والا رفع الأمر للقاضي .

---

(١) الفتح الباري ٩/٢٢٦ .

(٢) وقال الفراء : وفي قراءة ابي : الا ان يظنا الا يقيما حدود الله والخوف والظن متقاربان في كلام العرب :

قال ابومحجن الثقفي : اذا مت فادفني الى جنب كرمة ... تروي عظمي بعد موتي عروقها
ولا تدفنني في الفلاة فإنني ... أخاف اذا ما مت ان لا أذوقها

والخوف في هذا الموضع كالظن لذلك رفع اذوقها .
معاني القرآن ١/١٤٥ .

المبحث الثالث

آثـــار الخلع

ان الأثر الذي يرتبه الخلع بين الزوجين هو الفرقة بينهما .. [1] فهل هذه الفرقـــة طلاق ينقص عدد الطلقات أم هو فسخ ؟ ... واذا كان طلاقاً فهل هو طلاق بائن أم طلاق رجعي ؟

ان الاصل في كل فرقة تمت بين زوجين أن تكون طلاقاً . الا ان الخلع نظراً لما يرافقه من عوض ، وما اشترط بعض الفقهاء فيه أن يكون لدى القاضي . وأنه غالباً ما يكون بطلب من المرأة . كل هذا كان سبباً للاختلاف بين الفقهاء حول الأثر الذي يحدثه بهذه الفرقة .

قال فريق من الفقهاء ان الخلع طلاق ، وذهب فريق آخر الى أنه فسخ . والذين قالوا أنه طلاق على ثلاثة آراء :

١ ــ منهم من قال انه بائن .

٢ ــ ومنهم من قال أنه رجعي .

٣ ــ ومنهم من قال انه بائن وينقلب الى رجعي في حالات .

* * *

---

(١) وقال بعض الفقهاء : من آثار الخلع ايضاً اسقاط الحقوق الزوجية .

الخلع طلاق بائن

روى هذا الرأي عن عثمان وعلي وابن مسعود ، وبه قال مالك والثوري وابو حنيفة وأصحابه والاوزاعي ، ورواية عن احمد ، والقول الصحيح للشافعي . كما روى عن عطاء وشريح والشعبي وابراهيم النخعي .

تفصيل آراء المذاهب :

قال الاحناف : ان الخلع تطليقة بائنة[1] لان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد التمام .

جاء في المبسوط [2] : الخلع تطليقة بائنة ، والمعنى فيه ان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه .

وقال المالكية في بداية المجتهد[3] : ان الفسوخ هي التي تقتضي الفرقة الغالبة للزوج في الفراق مما ليس يرجع الى اختياره . وهذا راجع الى الاختيار . فليس بفسخ واذن هو طلاق .

---

(١) جاء في حكم لمحكمة منفلوط الشرعية بمصر ان الطلاق على البراءة يقع بائناً لأنه طلاق بعوض ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ المحاماة الشرعية ع ٩/٨ .

اما اذا ادعى الزوج البراءة ولم يثبتها فهل يقع الخلع رجعياً ام بائناً ؟ اختلف الأئمة والقضاء في مصر في ذلك .

ففي حكم لمحكمة ابو قرقاص الشرعية يعتبر الطلاق بائناً متى ادعى الزوج حصوله على البراءة ولو لم يثبتها . ٢٩ شوال سنة ١٣٥٢ هـ ١٤ فبراير سنة ١٩٣٤ المحاماة س ٢ ص ١٧٣ .

وفي حكم لمحكمة الفشن الشرعية — ادعاء الزوج الطلاق مقابل البراءة مع عدم ثبوتها يجعله رجعياً . ٢١ صفر سنة ١٣٥٠هـ ٧ يوليه سنة ١٩٣١ — المحاماة الشرعية العدد ١٠ .

(٢) المبسوط ١٧٧/٦ .

(٣) بداية المجتهد ٤١/٢ .

وجاء في المجموع للزيدية[1] : حدثني زيد بن علي عن أبيه عن جده عن علي عليهم السلام قال اذا قبل الرجل من امرأته فدية فقد بانت منه بتطليقة .

وقال الحنابلة في المحرر[2] والخلع طلقة بائنة .

وهذه رواية عن احمد . — وسيأتي معنا ان المذهب على أن الخلع فسخ — . — وجاء في الوجيز للشافعية[3] : الصحيح أنه طلاق — .

وقال المزني[4] : واذا كان الفراق عن تراض ولا يكون الا بالزوج والعقد صحيح ليس في أصله علة ، فالقياس عندي أنه : طلاق — .

وقال الاباضية في شرح النيل[5] : والفداء بأنواعه طلاق عند الأكثر . وقال شاذ منا أنه غير طلاق .

* * *

(١) المجموع الفقهي ٤/١٦٦ . وروى ابن حزم هذا الحديث عن مجاهد وقال انه لا يصح لأن مجاهداً لم يدرك علياً إلا انه في هذا الحديث اتصل بعلي بن أبي طالب .
(٢) المحرر ٢/٤٥ وقد قدم رواية ان الخلع طلاق ثم ذكر أن الخلع فسخ هو الأصح .
(٣) الوجيز للغزالي ٣/٤١ .
(٤) مختصر المزني ٤/٥٢ .
(٥) شرح النيل ٣/٤٨١ .

ادلة من قال ان الخلع طلاق بائن

١ ــ ما رواه ابن عباس عن النبي عليه السلام أنه قال لثابت : اقبل الحديقة وطلقها تطليقة . وان كان افتى بغير ذلك فالعبرة بروايته لا بفتواه .

وقد روى أيضاً مالك عن نافع في قصة خلع الربيع بنت المعوذ ان عدة المختلعة عدة المطلقة .

٣ ــ ما رواه سعيد بن المسيب : ان النبي جعل الخلع تطليقة[١] . وهذا وان كان مرسلا ولكن مراسيل سعيد لها حكم الوصل الصحيح لأنه من كبار التابعين[٢] .

٣ ــ لو كان الخلع فسخاً لما صح بغير الصداق كالاقالة في البيع والاقالة غير جائزة بأقل من الثمن[٣] .

وبما أن الخلع يجوز بأقل من الصداق وبأكثر منه لم يكن فسخاً فهو اذن طلاق[٤] .

---

(١) قال الزيلعي ٢٦٨/٢ : وهو مروي عن عمر وعلي وابن مسعود موقوفاً ومرفوعاً . وقال العيني في عمدة القاري ٢٦١/٢٠ رواه الدارقطني والبيهقي ، ولكنه اعل بعباد بن كثير احد رجاله .

(٢) قال ابن الهمام في الفتح القدير : ومراسيل سعيد لها حكم الوصل لأنه من كبار التابعين ، وكبار التابعين قل ان يرسلوا عن رسول الله إلا عن صحابي وإن اتفق غيره نادراً فن ثقة هكذا تتبعت مراسيله ٢٠١/٣ .

(٣) احكام القرآن للجصاص ٤٦٧/١ .

(٤) ذكر صاحب الدر المختار في هذا الموضوع انه لو قضى بكون (الخلع) فسخاً نفذ لأنه مجتهد فيه.
وقال ابن عابدين : لأنه موضع اجتهاد صحيح بمعنى انه يسوغ فيه الاجتهاد لأنه لم يخالف مجتهداً فيه حتى لو حكم به حاكم يراه لا ينفذ ، ولا يخفى ان المراد بقوله نفذ ، هو ما لو حكم به حنبلي بخلاف الحنفي ، فإنه وإن صح حكمه بغير مذهبه على احد القولين ، لكنه في زماننا لا يصح اتفاقاً ، لتقييد السلطان قضائه بالحكم بالصحيح من مذهبنا ، فلا ينفذ حكمه بالضعيف فضلا عن مذهب الغير .

٤ ـ ما روى هشام بن عروة عن أبيه عن جمهان ان ام بكرة الاسلمية كانت تحت عبد الله بن أسيد فاختلعت منه ، فقدما الى عثمان بن عفان فأجاز ذلك وقال : هي واحدة الا أن تكون سميت شيئاً فهو على ما سميت[١] .

٥ ـ ما روي عن ابراهيم النخعي عن علقمة عن ابن مسعود أنه قال : لا تكون تطليقة بائنة الا في فدية وايلاء[٢] .

* * *

---

(١) المحلى ٢٣٨/١٠ .

(٢) زاد المعاد ٣٦/٤ ولكن ابن القيم يقول : ليس معنى كلامه أن الخلع طلاق بائن بل مراده ان يقول : ان الطلقة في الخلع تقع بائنة لا ان الخلع يكون طلاقاً بائناً .
وهذا تأويل بعيد .

الخلع طلاق رجعي

قال سعيد بن المسيب والزهري : الزوج بالخيار بين امساك العوض ولا رجعة له وبين رده وله الرجعة[1] . وبهذا الرأي أخذ الظاهرية فقالوا ان الخلع طلاق رجعي .

قال ابن حزم[2] : « وهو طلاق رجعي الا ان يطلقها ثلاثا أو آخر ثلاث ، او تكون غير موطوءة فان راجعها في العدة جاز ذلك أحبت أم كرهت ، ويرد ما أخذ منها اليها » .

ودليل ابن حزم في أن الطلاق رجعي :

١ ــ ما نقل عن سعيد بن المسيب والزهري في المختلعة .

٢ ــ وان الطلاق البائن الذي لا رجعة فيه هو الثلاث وقبل الدخول فقط وما غيرهما فهو طلاق رجعي .

وقد يرد على هذا ان الخلع شرع لتتخلص الزوجة من زوجها على أن تدفع له مالا لقاء ذلك فكيف تجوز مراجعته .

ويقول ابن حزم : وأما رده ما أخذ منها فانما أخذه لئلا تكون في عصمته فاذا لم يتم لها مرادها فمالها الذي لم تعطه الا لذلك مردود عليها . الا أن يبين لها انها طلقة له الرجعة فيها فترضى فلا يرد عليها شيء[3] .

أي ان الزوج يجوز أن يشترط أن له الرجعة بدون رد المال فتصح الرجعة بدون أن يرد اليها ما دفعته اليه وهذا برضاها طبعاً . وأما الرجعة فثابتة على كل حال .

---

(١) المغني ١٨٢/٨ .

(٢) المحلى ٢٣٥/١٠ .

(٣) المرجع السابق ٢٤٠/١٠ .

الرد على ابن حزم :

وقد رد جمهور الفقهاء على ابن حزم فيما ذهب اليه ان الخلع طلاق رجعي . قال ابن تيمية[1] : وهــذا خطأ فان مقصود الافتداء لا يحصل الا مع البينونة ولهذا كان حصول البينونة بالخلع مما لم يعرف فيه خلاف بين المسلمين .

وقال ابن قدامـــه في المغني [2] : وانما يكون فــداء اذا خرجت به عن قبضته وسلطانه . واذا كانت الرجعة فهي تحت حكمه :

١ ــ ولنا قوله تعالى : فيما افتدت به .

٢ ــ ولأن القصد ازالة الضرر عن المرأة فلو جاز ارتجاعها لعاد الضرر .

٣ ــ والخلع طلاق بائن لأن الزوج ملك البدل عليها فتصير هي بمقابلته املك لنفسها ولأن غرضها من التزام البدل ان تتخلص من الزوج ولا يحصل ذلك الا بوقوع البينونة .

وقال في الروض النضير[3] : ولأنه معاوضة ولا يثبت في المعاوضات استبداد احد المتعاوضين بكلا العوضين ضرورة .

وجاء في البحر الزخار: ولا رجعة مع الخلع اذ ثمرته سلطان الزوج عليها[4].

مناقشة ابن حزم والظاهرية فيما ذهبوا اليه :

انا مع ابن حزم فيما ذهب اليه ان الاصل في الطلاق انه رجعي ولا طلاق بائن في الشريعة الاسلامية الا ما كان قبل الدخول لانه لا عدة فيه ، وما كان مكملا للثلاث لان الزوجة تبين به بينونة كبرى .

غير اني اقول لابن حزم ان للعقــود والتصرفات في الشريعة الاسلامية هدفاً وغاية فكل تصرف اذا جرد عن هدفه وغايته كان عبثاً مفعوله والشريعة منزهة عن

---

(١) فتاوى ابن تيمية ٣٢/٣ .

(٢) المغني ١٨٢/٨ .

(٣) الروض النضير ١٦٦/٤ .

(٤) البحر الزخار ١٨٠/٣ .

العبث . فالمراة حين تطلب المخالعة انما ترمي الى غاية معينة هي ان تتخلص من حياتها الزوجية بعد ان يئست منها و بعد ان فشلت جميع محاولات الصلح بينها وبين زوجها فآثرت ان تدفع له هذا العوض للتخلص من زوجها بل للتخلص من الشقاء الذي اصبح يحوم حولها في بيتها وبين اولادها .

فاذا جاء الزوج وراجعها بعد أن تم الخلع وقبض المال . فهل يحقق الخلع هدفه بهذه المراجعة ؟ بل ما الفائده من ذلك . ؟ ان الرجعة شرعها الاسلام للزوج ليتدارك خطأه حيث يندم في فترة العدة أو قد يطلق لسبب قد يبدو له تفاهته أو لذنب اعتقده في زوجته فتبين له خطأه في هذه الاحوال وتلافياً لهذه الهفوات شرع الله الرجعة للزوج ما دامت زوجته في العده.

أما هنا فالموضوع مختلف لأن المرأة هي التي طلبت الفرقة،وقد يكون ذلك بدون موافقة الزوج،كما لو كان بحكم القاضي بناء على تحكيم الحكمين، فاعطاء حق المراجعة للزوج ينافي الغرض الذي لاجله شرع الخلع .

لو كان الخلع بطلب من الرجل – وهذا لا يجيزه ابن حزم ولم يكن للمرأة دور فيه لقلنا انه يحق له المراجعة ، ولكن طالما ان المرأة هي التي ساهمت الى حد كبير ان لم اقل انها كل شيء في الخلع فهي التي طالبت زوجها او القاضي بالفرقة وهي التي دفعت العرض بعد ان تعذر عليها استمرار المعيشة الزوجية المشتركه .

ولهذا فيبدو لي ان رأي ابن حزم لا يتفق مع الغاية المرجوة من تشريع الخلع لانه لا يحقق للزوجة الخلاص الذي شرعه الله لها .

مع ابن القيم فيما فهمه من كلام سعيد بن المسيب والاقالة في الخلع :

جاء في زاد المعاد[1] :وفي تسميته صلى الله عليه وسلم الخلع فدية دليل على ان فيه معنى المعاوضة ولهذااعتبر فيه رضا الزوجين . فاذا تقايلا الخلع ورد عليها ما اخذه منها وارتجعها في العدة فهل لها ذلك ؟ ..

منعه الائمة الاربعة وغيرهم وقالوا قد بانت منه بنفس الخلع .

---

(١) زاد المعاد ٤/٣٥ .

وذكر عبد الرزاق عن معمر عن قتادة عن سعيد بن المسيب انه قال في المختلعة: ان شاء ان يراجعها فليرد عليها ما أخذه منها في العدة وليشهد على رجعتها . قال معمر وكان الزهري يقول ذلك .

ويقول ابن القيم :

ولقول سعيد بن المسيب والزهري وجه دقيق من الفقه لطيف المأخذ تتلقاه قواعد الفقه واصوله بالقبول . ولا نكارة فيه غير ان العمل على خلافه . فان المرأة ما دامت في العده فهي في حبسه ويلحقها طلاقه المنجز عند طائفة من العلماء .

فاذا تقايلا عقد الخلع وتراجعا الى ما كانا عليه بتراضيهما، لم تمنع قواعد الشرع ذلك وهو بخلاف ما بعد العدة فانها قد صارت منه اجنبية محضة فهو خاطب من الخطاب ويدل هذا على ان له أن يتزوجها في عدتها منه بخلاف غيره .

ملاحظاتنا حول هذا النص :

١ ـ الذي فهمته من هذا النص ان ابن القيم يريد ان يأتي بحكم الإقاله في الخلع، وهل تجوز ام لا لأنه جاء بحكم الخلع من حيث انه فسخ ام طلاق في فصل آخر وذكر رأي من قال انه رجعي . ورد عليه بقوله[1]: « وفي الآية دليل على حصول البينونة به لانه سبحانه سماه فدية ولو كان رجعياً كما قاله بعض الناس لم يحصل للمرأة الافتداء من الزوج بما بزلته له » .

فابن القيم لا يبحث هنا هل ان الخلع رجعي ام بائن بل يبحث في جواز التقايل في الخلع وقد بدأ به عبارته وختمها به واستشهد بكلامه على رواية سعيد بن المسيب

٢ ـ ان ماروي عن سعيد بن المسيب هو حق الرجل بالمراجعة، لا التقايل بين الزوجين، أي ما نقله سعيد لا يفيد اشتراك الزوجة مع زوجها في المراجعة، بل هو حق للزوج وليس لتراضيهما معاً اي في كلامه كما ذهب اليه ابن القيم . وكلام سعيد صريح بقوله : فان شاء ان يراجعها .

---

(١) زاد المعاد ٤/٣٤ .

٣ ــ والذي يمكن ان نقوم به هذا النص، ان نحذف منه عبارة سعيد أي ان لا نستشهد بما يريد ان يقوله عن الاقالة بما رواه عن سعيد . فابن القيم يريد في هذا الفصل ان يبحث هل للزوجين التقايل في عقد الخلع فيجيب ان له ذلك من قواعد الشرع واصوله .

وقد سبقه الى ذلك شيخه ابن تيميه دون ان يصرح فيما اطلعت عليه فقد جاء في فتاويه[1]: والجمهورانه لا يملك الزوج وحده ان يفسخ الخلع ولكن لو اتفقا على فسخه كالتقايل فهذا فيه نزاع آخر[2] .

---

(١) فتاوى ابن تيمية ٣/٣٣ .

(٢) جاء في مختلف الشيعة ص ٤٤ وليس عقد النكاح قابلا للتقايل .

الخلع طلاق بائن وينقلب رجعيا

الزيدية :

قال الزيدية ان الخلع طلاق بائن ولكنه ينقلب الى طلاق رجعي اذا اختلت بعض شرائطه .

جاء في البحر الزخار[1]: ان الخلع طلاق بائن عند الزيدية. وصريحه صريح الطلاق.

وقال صاحب الروض النضير[2] : والحجة بأنه طلاق ، حديث ثابت : أقبل الحديقة وطلقها تطليقة . وهو نص في كونه طلاقاً .

وقال صاحب التاج المذهب[3] .

واذا اختل قيد من القيود التي اعتبرت في الخلع بعد أن وقع القبول ونحوه فانه يصبح رجعياً . والأمثلة كثيرة :

١ ــ أن يطلقها بغير عوض سواء كان عقداً أو شرطاً .

٢ ــ أن يكون العوض من غير مال .

٣ ــ أن يكون الخلع بعوض صائر كله الى غير الزوج لا بعضه فيصبح خلعاً بقدر ما صار اليه .

٤ ــ أن يكون العوض من الزوجة وهي غير ناشرة وكان عقداً فيصبح بالقبول رجعياً .

---

(١) البحر الزخار ١٧٩/٣ .

(٢) الروض النضير ٤/ ١٦٦ .

(٣) التاج المذهب ١٩٣/٢ وجاء فيه : هذا بعد تمام اركانه ، ولم يكن ثالثاً ولا قبل الدخول .

وقد أضاف صاحب المنتزع المختار حالتين . :

١ ــ اذا خالعها وهي غير صحيحة التصرف ، فينقلب الخلع رجعياً .

٢ ــ و كذلك اذا كان العوض أي بدل الخلع أكثر من المهر[١] .

هذا هو مذهب الزيدية لم أجد فيه خلافاً ، سوى ما ذكره صاحب الروضة الندية : ان الشوكاني ذهب الى أن الخلع فسخ . ثم ذكر له رأياً آخر ان الخلع طلاق وقال : وهو الصحيح[٢] .

الجعفرية :

الخلع عند الامامية طلاق وليس بفسخ ، وتذكر أكثر كتبهم ذلك دون الاشارة الى أنه بائن أو رجعي ، غير أن الكتب المحققة تشير الى أنه طلاق بائن وينقلب الى طلاق رجعي .

فالخلع اذن طلاق بائن ينقلب رجعياً اذا رجعت المرأة عن بذلها ما دفعته لزوجها بدلا للخلع ، ما دامت في العدة ، ولا يجوز رجوع الزوج قبل رجوع الزوجة .

أما من لا عدة لها كغير المدخول بها والصغيرة واليائسة فلا رجوع لها مطلقاً .

اخرج الكليني في الكافي[٣] : اذا قالت المرأة لزوجها جملة لا أطيع لك امـــراً ... حل له أن يأخذ منها وليس له عليها رجعة .

وجاء في التهذيب[٤] الخلع تطليقة بائنة وليس فيها رجعة .

وقال في المختصر النافع[٥] لا رجعة للمخالع . نعم لو رجعت البذل رجع ان شاء ، ويشترط رجوعها في العدة ، ثم لا رجوع بعدها . هذا اذا لم يكن الزوج قد تزوج رابعة فانه يحرم عليه مراجعتها .

---

(١) المنتزع المختار ٢/٤٥٠ .

(٢) الروضة الندية ٢/٦١ ذكر الشوكاني في الدرر البهية ، ان الخلع فسخ ، وقد علق على ذلك صاحب الروضة الندية بقوله : قال : وهو فسخ وليس بطلاق . ولكن قال الماتن رحمه الله في حاشيته الشفاء بخلاف ما قال هنا ورجح ان الخلع طلاق وليس بفسخ وهذا هو الحق .

(٣) الكافي ٢/١٢٣ وسنده عن جميل بن دراج عن محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام واخرجه الصدوق في الفقه ص ٣٤٣ .

(٤) التهذيب ٢/٢٧٧ ومروى عن ابي عبد الله عليه السلام وسنده عن زراره ومحمد بن مسلم .

(٥) المختصر النافع ص ٢٢٧ .

وقالوا[1] : ولو علم برجوعها بالبذل ولم يرجع بالطلاق يتحول الطلاق من البائن الى الرجعي .

وفي اللمعة الدمشقية[2] : اذا تم الخلع فلا رجعة للزوج وللزوجة الرجوع في البذل ما دامت في العدة .

وقال صاحب الروضة البهية[3] : هذا اذا كانت ذات عدة أما من لا عدة لها كغير المدخول بها والصغيرة واليائسة فلا رجوع لها مطلقاً .

وقال : وجواز رجوعه مشروط بتقدم رجوعها .

أما من نقل الأحاديث في التهذيب على أن الخلع خلعة بائنة فيبدو أنه رجع عن قوله أو ان في المسألة قولان :

فقال في مختلف الشيعة[4] وهو يستعرض الآراء المختلفة في المذهب وبقية المذاهب :

المشهور أن للمرأة الرجوع في البذل ما دامت في العدة فاذا رجعت كان للزوج الرجوع في النكاح .

ويقول : فاذا أراد مراجعتها قبل انقضاء العدة اذا لم ترجع هي فيما بذلته أو بعد انقضائها كان ذلك بعقد مستأنف ومهر جديد .

وقال صاحب جواهر الكلام[5] : اذا صح الخلع لم يكن له الرجعة بلا خلاف أحد فيه ، بل الاجماع عليه ... وان شاءت أن يرد اليها ما أخذ منها وتكون امرأته فعلت .

وقال في السرائر[6] : ولا رجعة للزوج على المرأة في العدة ، الا أن ترجع فيما بذلته

---

(١) الزواج والطلاق في المذاهب الخمسة ١٨٤ .

(٢) اللمعة الدمشقية ١٦٧/٢ .

(٣) الروضة البهية ١٦٧/٢ .

(٤) مختلف الشيعة .

(٥) جواهر الكلام من انفس الكتب المخطوطة لدى الجعفرية وفيه جمع لأقوال المتأخرين والمتقدمين وهو ايضاً ما اعتمدت عليه في بحثي هذا ص ٣٦٢/٥ .

(٦) السرائر ٣٤٩ .

وافتدت به قبل خروجها من العدة فله حينئذ الرجوع في بعضها .

* * *

هذا جملة ما حررته في هذا الموضوع في مذهب الشيعة الامامية وبه تبين لنا أن الخلع عند الامامية طلاق بائن ، للزوجة لا للزوج حق الرجوع فيما بذلته فيصبح الخلع رجعياً فان شاء الزوج راجعها فهي زوجته ما دامت في العدة .

ويبدو لي ان في الأخذ بهذا المذهب تدارك لما أخذناه على مذهب الظاهرية ، من أنه يعطي بيد ويسلب بيد أخرى طالما أن المراجعة بيد الزوج .

ومما قلته هناك ان الزوجة هي التي دفعت العوض للتخلص من زوجها ، فمراجعة الزوج لها تفويت لغرضها المشروع في الخلع . وقلت أيضاً ان الرجعة شرعها الله في الطلاق للزوج ليجرب نفسه فقد يندم فيراجع وهو الذي أقدم على الطلاق .

وهنا يتحقق كل ما ذكرناه هناك فالمراجعة بيد الزوجة فيها كل الأمور التي شرعت في الطلاق للمراجعة . وفيها عدم تفويت فرص الزوجة لأنه تم برضاها لا بارادة الزوج . وفيه أيضاً معنى جميل جداً وهو مساواة المرأة مع الرجل فالرجل يطلق ويراجع والزوجة تخالع وتراجع مع فارق بسيط[٣] ومادام الأمر اجتهادياً فهذا الذي نميل اليه .

---

(٣) في المذهب الحنفي ان الزوجة اذا لامست زوجها او قبلته بشهوة وهي في عدة رجعية تعتبر مراجعة على مذهب الصاحبين .

الخلــع فسخ وليس بطلاق

هو ما ذهب اليه ابن عباس وبه قال طاوس وعكرمة واسحاق وابي ثور . وهو مذهب الحنابلة واحد قولي الشافعي .

الحنابلة :

ينقل بعض المؤلفين على أن في المذهب الحنبلي روايتان في أن الخلع فسخ أم طلاق دون ترجيح بين الروايتين وسبب ذلك أن بعض الكتب لم تشر الى أي الروايتين أصح وهي المذهب ولهذا فاني أسوق بعض النقول التي تبين ان الصحيح هو أن الخلع فسخ لدى الحنابلة [1] .

جاء في الانصاف[2] الصحيح من المذهب : ان الخلع فسخ .

قال في الخلاصة فهو فسخ على الأصح .

وقال في المحرر : وهو الأصح[3] .

أما صاحب المغني[4] فقد ذكر الروايتين عن أحمد دون أن يرجح بينهما وان كان قدم رواية الفسخ ولكن المذهب الرواية التي ذكرناها وهي أن الخلع فسخ .

وقد ذكر ابن قدامة أقوال من ذهب الى أن الخلع طلاق فقال : لكن ضعّف أحمد الحديث عنهم وقال : ليس في الباب شيء أصح من حديث ابن عباس أنه فسخ .

---

(١) راجع مذكرات الاستاذ الزفزاف في فقه القرآن والسنة ص ٢٠٧ .

(٢) الانصاف ٨/٣٩٢ .

(٣) المحرر ٢/٤٥ .

(٤) المغني ٨/١٨٥ .

وقال[1] ابن تيمية : الخلع فسخ وهذا ثابت عن ابن عباس باتفاق أهل المعرفة بالحديث .

وقال ابن القيم[2] : أما الخلع فالتحقيق أنه فسخ لا طلاق .

الشافعية :

أحد أقوال الشافعي ان الخلع فسخ ، وان كان الصحيح عندهم هو أنه طلاق . والقول بانه فسخ منسوب الى الشافعي في القديم[3] .

وذهب الى أن الخلع فسخ . الشوكاني في الدرر البهية[4] كما ذكرنا .

* * *

---

(١) فتاوى ابن تيمية ٣/٣١ .
(٢) الدرر البهية ٢/٦١ .
(٣) مغني المحتاج ٣/٣٦٧ .
(٤) الدرر البهية ٩/٦١ .

ادلة من قال ان الخلع فسخ

١ ـ قوله تعالى[1] : « الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان . ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً الا ان يخافا الا يقيما حدود الله ، فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » . الى أن قال : فان « طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » .

فذكر الطلاق ثم الخلع ثم الطلاق ، أي ذكر الخلع بين تطليقتين وتطليقة بعدها ، فلو كان الخلع طلاقاً لكان في الآية أربع تطليقات . قوله تعالى : « الطلاق مرتان » يفيد طاقتين ، ثم ذكر الخلع بقوله فلا جناح عليهما ثم قال فان طلقها. فلو كان الخلع طلاقاً لكانت الآية مشتملة على أربع تطليقات ، وهذا قطعاً غير صحيح اذن لم يكن بد من أن نعتبر الخلع فسخا وليس بطلاق .

٢ ـ ما روى عن ابن عباس أنه قال : الخلع تفريق وليس بطلاق[2] .

وما رواه ابن جريج عن ابن طاوس قال : كان أبي لا يرى الفداء طلاقاً ويجيزه بينهما .

وما روي عن عمرو بن دينار أنه سمع عكرمة مولى ابن عباس يقول : ما أجازه المرء فليس بطلاق[3] .

٣ ـ ان النبي عليه السلام امر امرأة ثابت بن قيس أن تعتد بحيضة ولو كان طلاقاً ما أمرها بذلك .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٩ .

(٢) راجع تفسير القرطبي ١٤٣/٣

(٣) المحلى ٢٣٧/١٠ .

٤ ــ ان الخلع بين الزوجين يتم بايجاب وقبول بين الزوجين على انهاء عقد الزواج فيما بينهم فهو كالاقالة في البيع بين المتعاقدين . فهو فسخ اذن لا طلاق .

ما يراه استاذنا الخفيف :

يذكر استاذنا الجليل الشيخ علي الخفيف من حجج من قال ان الخلع فسخ وليس بطلاق [١] : اختلاف أثر كل من الطلاق والخلع : ذلك ان الله سبحانه وتعالى قد رتب على الطلاق بعد الدخول اذا لم يكن ثلاثاً : ثلاثة أحكام كلها **منتفية عن الخلع** :

أحدها : ان الزوج أحق فيه بالرجعة ما دامت الزوجة في العدة .

الثاني : أنه محسوب من الثلاث .

الثالث : استتباعه للعدة التي ذكرها الله في كتابه .

وقد ثبت بالنص والاجماع : انه لا رجعة في الخلع . وثبت بالسنة وأقوال الصحابة : ان لا عدة فيه ، وانما تستبرىء المختلعة بحيضة واحدة ، وثبت في النص جوازه بعد طلقتين ووقوع ثالثة بعد حدوثه ، وهذا كله يدل على أنه ليس بطلاق .

هذا النص أتى به ابن القيم[٢] ليدعم مذهب الحنابلة بأن الخلع فسخ وقد وجدته أيضاً في مذكرات استاذنا الجليل الشيخ محمد الزفزاف [٣] .

ملاحظاتنا على ما جاء به ابن القيم وما نقله استاذنا الشيخ علي الخفيف واستاذنا الشيخ محمد الزفزاف :

من القواعد العامة في المناقشات لدعم أية فكرة كانت هو ايراد أدلة مسلّم بها من الطرفين حتى يقنع الطرف الآخر بها . فلا يجوز أن نأتي بحجة لايسلّم بها الخصم ثم نستشهد بها على صحة أقوالنا .

وقد جاء ابن القيم بثلاثة أحكام كلها تختلف عما ذهب اليه الطرف الآخر وذلك ليبرهن على أن الخلع فسخ .

---

(١) فرق الزواج ص ١٨٦ .

(٢) زاد المعاد ٣٦/٤ .

(٣) مذكرات في فقه القرآن والسنة ص ٢٠٩ .

يقول : ان الزوج يملك الرجعة في الطلاق ولا يملكها في الخلع فدل علـى أن الخلع فسخ وليس بطلاق ، ويدعم رأيه هذا بأنه قد ثبت بالنص والاجماع أنه لا رجعة في الخلع .

فنقول له : ان ابن حزم قال ان للزوج حق المراجعة في الخلع فلم يثبت الاجماع وخاصة ان ابن القيم متأخر عن ابن حزم فالخلاف في هذا الذي قال عنه اجماع قائم قبل عصره .

٢ ـ وقوله ان الطلاق محسوب من الثلاث والخلع غير محسوب فدل على أنه فسخ ، هذا تسليم بالنتيجة قبل المناقشة فلو كان محسوباً من الثلاث لما كان هناك مجال للخلاف .

ولو صح ما قاله ابن القيم ان هذا ثابت بالسنة وأقوال الصحابة لم ينازعه في ذلك منازع .

٣ ـ وقوله ان غدة المختلعة حيضه فهذا قول من قال أنه فسخ ولا يصلح دليلا ولا برهانا على أنه فسخ لا طلاق . لأن الطرف الآخر غير مسلم به ولو كان مسلما به فلا مجال للاختلاف .

بل ان الامام أحمد وهو القائل بأن الخلع فسخ قال ان عدة المختلعة ثلاث حيض كما نقل عنه ابن حجر وغيره[1] .

مناقشة من قال ان الخلع فسخ ومن قال انه طلاق

ان الادلة التي استدل بها الطرفان هي القرآن والسنة وآراء الصحابة .

اما القرآن :

فقد قال من ذهب الى أن الخلع فسخ أن آية : « الطلاق مرتان . دلت على أن الخلع فسخ وليس بطلاق لأنه لو كان طلاقا لدلت الآية على أربع طلقات وهذا غير معقول .

وقال الآخرون ان قوله تعالى « الطلاق مرتان » افاد حكم الاثنتين اذا أوقعهما على غير وجه الخلع ، أي اذا طلق الرجل مرتين ، جاز له أن يراجع أثر كل تطليقة . ثم ذكر

---

(١) الفتح الباري ٣٣١/٩ .

القرآن حكم الطلقتين أيضاً على وجه الخلع وأبان عن اباحة أخذ المال من الزوجة ، ثم عطف على ذلك قوله تعالى : « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » فعاد الى الاثنتين معا المتقدم ذكرهما على وجه الخلع تارة ، وعلى غير وجه الخلع تارة[1] .

فقوله تعالى : « الطلاق مرتان » افاد حكم الطلاق بدون عوض ، ثم أفاد حكم الطلاق بعوض ، وأخيراً قال : « فان طلقها ... » فهذه الطلقة الثالثة اما بعد الطلقتين او بعد الخلعين .

واما السنة :

فقد احتج كل فريق بروايات مختلفة ، فبعضها يدل على أن الخلع فسخ ، وبعضها يدل على أنه طلاق . والذي أراه أن أكثر الروايات التي جاءت عن رسول الله ﷺ ليس فيها صراحة لفظ الطلاق الا ما ندر منها وأكثرها بألفاظ : فارقها . خلّ سبيلها . ففرق بينهما .

وأما قولهم بأن عدة المختلعة حيضة واحدة فالخلع اذن فسخ ، فلا دلالة فيه أيضاً لأن الشارع الذي جعل عدة المطلقة ثلاث حيض بنص القرآن يجوز أن يجعل عدة المختلعة حيضة واحدة بالسنة الكريمة وتكون السنة خصصت عموم آية : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ».

قال صاحب الروضة [2] : « لا ملازمة بين الاعتداد بحيضة وبين الفسخ بل اذا ورد في بعض المطلقات ما يدل على مخالفة عدتهن لعدة سائر المطلقات المصرح بها في القرآن كان ذلك مخصصاً لعموم العدة » .

ويبدو لي ان صحت الروايات على ان عدة المختلعة حيضة ، والروايات صحيحة — فانها حكمة المشرع البالغة التي فرقت بين من يطلقها زوجها فأعطته فرصة لمراجعة نفسه مدة ثلاثة قروء لعله يندم فيراجع زوجته فجعلت عدة المختلعة حيضة وا حدة لبراءة رحمها

---

(١) فقه القرآن والسنة للشيخ علي قراعة .

(٢) الروضة الندية ١٦/٢ .

حيث لا فائدة من اطالة العدة ولأنه لا رجعة للزوج .

وأما فتاوى الصحابة :

فقد افتى الصحابة كل حسب اجتهاده ولا حجة في فتوى احدهما على الآخر حتى نرجح فتواه ، وكذلك اختلف التابعون فيما بعد .

الاقالة :

وأما قولهم ان الخلع كالاقالة فهو فسخ اذن لا طلاق فلو كان هذا صحيحاً لما جاز الخلع الا بالمهر الذي تزوجها عليه مع ان الخلع يجوز على أقل منه وعلى أكثر ويجوز بدون مال فدلّ على أنه طلاق لا فسخ [1] .

هل ينقلب الخلع الى طلاق اذا تغيرت صيغته .

قلنا ان الصحيح عند الحنابلة ومذهب ابن عباس وأبي ثور على أن الخلع فسخ ، ولكن اذا نوى الطلاق او كان الخلع بلفظ الطلاق فهل يبقى الخلع فسخاً أم يصبح طلاقاً ؟ ...

قال ابو ثور[2] : ان كان الخلع بلفظ الطلاق فله الرجعة لأن الرجعة من حقوق الطلاق فلا تسقط بالعوض كالولاء مع العتق . واذا لم يسم الطلاق فالخلع فرقة وليس بطلاق .

وذكر ابن حجر[3] : ان الخلاف اذا لم يقع الخلع بلفظ الطلاق ولا بنيته .

وقال في مغني المحتاج[4] : وخرج بلفظ الخلع الفرقة بلفظ الطلاق اذا كان بعوض فانه يكون طلاقاً قطعاً ، وكذا ان قصد بلفظ الخلع الطلاق ، واقترن بلفظ الخلع طلاق

---

(١) احكام القرآن للجصاص ٤٦٨/١ .
(٢) تفسير القرطبي ١٤٣/٣ .
(٣) فتح الباري ٣٣١/٩ .
(٤) مغنى المحتاج ٢٦٧/٣ .

كخالعتك على طلقة بألف .

وفي الروض النضير[1] : ان كان بلفظ الطلاق فهو طلاق وان كان بلفظ المفاداة فهو فسخ .

وقال ابن قدامة في المغني :

هذا الخلاف فيما اذا خالعها بغير لفظ الطلاق أو لم ينوه ، فأما أن بذلت له العوض على فراقها فهو طلاق لا اختلاف فيه ، وان وقع بغير لفظ الطلاق مثل كنايات الطلاق أو لفظ الخلع والمفاداة و نحوهما ونوى به الطلاق فهو طلاق أيضاً لأنهُ كناية نوى بها الطلاق فكانت طلاقاً كما لو كان بغير عوض ، فان لم ينوبه الطلاق فهو الذي فيه الروايتان[2] .

أي أنه لا خلاف في أن الخلع يكون طلاقاً في حالتين :

١ ــ اذا نوى به الطلاق .   ٢ ــ اذا كان بلفظ الطلاق .

وما عدا ذلك أي الخلع بغير لفظ الطلاق أو بدون نية الطلاق ففيه الخلاف بين الفسخ والطلاق .

ملاحظاتنا على ما جاء في هذا النص :

ليس الأمر لا اختلاف فيه كما ذكر ابن قدامة ، وان كان هو الصحيح من المذهب ، ولكن هناك من الحنابلة من لم يفرق في اللفظ ولا في النية بل كل خلع تم بين الزوجين بأي لفظ كان فهو فسخ لا طلاق . وسندهم عدا عن القواعد العامة التي تقول ان العبرة بالعقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ، ان هناك رواية عن أحمد ابن حنبل تقول بعدم التفرقة[3] .

---

(١) الروض النضير ١٦٧/٤ .

(٢) المغني ١٨٠/٨ .

(٣) يقول الاستاذ الخفيف في فرق الزواج ص ١٨٠ اتفق جميع الفقهاء ــ عدا أباثور ــ على ان الفرقة إذا حدثت بلفظ من الألفاظ المشتقة من مادة الطلاق او بلفظ آخر يدل على الفرقة ولا يفيد معنى الخلع وكانت نظير عوض فان الواقع بها يكون طلاقاً بائناً .

قال ابن تيمية في فتاويه[1] : ثم تنازع اصحاب القول بالفسخ : هل يشترط ان يكون الخلع بغير لفظ الطلاق او لا يكون الا بلفظ الخلع والمفاداة . ويشترط مع ذلك ان لا ينوي الطلاق .

والا فرق بين أن ينويه أو لا ينويه وهو خلع (لعل الصواب فسخ) بأي لفظ وقع بلفظ الطلاق أو غيره على أوجه في مذهب احمد وغيره ، أصحها الذي دل عليه كلام ابن عباس وأصحابه وأحمد بن حنبل وهو الوجه الأخير وهو : ان الخلع هو الفرقة بعوض ، فمتى فارقها بعوض فهي مفتدية لنفسها به ، وهو خالع لها بأي لفظ كان ولم ينقل أحد قط لا عن ابن عباس وأصحابه ولا عن احمد بن حنبل انهم فرقوا بين الخلع بلفظ الطلاق وبين غيره ، بل كلامهم لفظه ومعناه يتناول الجميع[2] .

ويقول : لكن تنازع أهل هذا القول هل يختلف الحكم باختلاف الالفاظ والصحيح : ان المعنى اذا كان واحدا فالاعتبار بأي لفظ وقع ذلك لان الاعتبار بمقاصد المعقود وحقائقها لا باللفظ وحده فما كان خلعا فهو خلع بأي لفظ كان ، وما كان طلاقاً فهو طلاق بأي لفظ كان ، وما كان يميناً فهو يمين بأي لفظ كان ، وما كان ايلاء فهو ايلاء بأي لفظ كان وما كان ظهارا فهو ظهار بأي لفظ كان .

مناقشة ابن تيمية فيما ذهب اليه :

هذا ما جاء في فتاوى ابن تيمية ، وفيه نرى أن ابن تيمية ينكر من يقول ان الامام احمد فرق بين الحالين في الخلع بصورة جازمة لانه لم ينقل قط عن احمد هذه التفرقة .

ولكني بالرجوع الى كتاب الانصاف – وهو مؤلف متأخر في عصر ابن قدامة وابن تيمية – وجدت ان الأمر لا كما ذهب اليه ابن قدامة بقوله : لا خلاف في أن

---

(١) فتاوى ابن تيمية ٣/٣٢ .

(٢) قال ابن تيمية : والشافعي لما ذكر القولين في الخلع هل هو طلاق ام لا قال : واحسب الذين قالوا هو فسخ (في النسخة المطبوعة طلاق وهو خطأ فلتصحح) هو فيما اذا كان بغير لفظ الطلاق . ولهذا ذكر محمد بن نصر والطحاوي ان هذا لا نزاع فيه . والشافعي لم يحك عن احد هذا بل ظن انهم يفرقون ، وهذا بناه الشافعي على ان العقود وان كان معناها واحداً فان حكمها يختلف باختلاف الألفاظ وفي مذهبه نزاع في الاصل . واما احمد بن حنبل فان اصوله ونصوصه وقول اصحابه : ان الاعتبار في العقود بمعانيها لا بالالفاظ وفي مذهبه قول آخر انه تختلف الاحكام باختلاف الالفاظ .

الخلع بلفظ الطلاق ، طلاق . ولا كما قال ابن تيمية : أنه لا خلاف في أن الخلع بأي لفظ كان فهو فسخ .

قال في الانصاف [1] :

من شرط وقوع الخلع فسخاً : أن لا ينوي به الطلاق .

فان نوى به الطلاق وقع طلاقاً على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وعنه (عن الامام احمد) هو فسخ ولو نوى به الطلاق . اختاره الشيخ تقي الدين (ابن تيمية) . فان اوقعه بصريح الطلاق : كان طلاقاً . على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الاصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقيل : هو فسخ ، ولو اتى بصريح الطلاق أيضاً اذا كان بعوض . واختاره الشيخ تقي الدين .

وقال في الفروع [2] : وهو بصريح طلاق أو بنيته طلاق بائن . وعنه مطلقاً . وقيل عكسه . قال شيخنا (ابن تيمية) وعليه دل كلام أحمد وقدماء أصحابه .

ومراده بذلك ما قال عبد الله : رأيت أبي كان يذهب الى قول ابن عباس . وابن عباس قد صح أنه قال « ما أجازه المال فليس بطلاق » وصح عنه « أن الخلع تفريق وليس بطلاق » . وعنه : أنه بصريح الخلع فسخ لا ينقص عدد أو عكس بنية الطلاق .

ونحن نميل الى ما ذهب اليه ابن تيمية وهو ان الخلع بأي لفظ وقع يجب ألا يصرفه عن حقيقته فان كان الخلع طلاقاً فيجب ألا يتغير بتغير الألفاظ ، واذا كان فسخاً فيجب أيضاً أن يكون كذلك . وبما أننا نميل الى أن الخلع فسخ فاننا نقول لا عبرة بالألفاظ فالخلع فسخ بأي شكل كان .

والخلاصة فان الخلع هل هو فسخ أم طلاق هو موضوع اجتهاد ليس من السهل ترجيح أدلة أحد الطرفين على الآخر لقوة جميع الأدلة غير أننا نرجح الرأي القائل بأن الخلع فسخ للأسباب التالية والتي سنبحثها في بيان رأينا في آثار الخلع :

---

(١) الانصاف ٣٩٣/٨ .

(٢) الفروع ١٥٨/٣ .

رأينا في آثار الخلــع

١ — إن الطلاق حق ينفرد به الرجل لأن الله أعطاه للزوج لعموم آيات القرآن الكريم ولقوله عليه السلام « انما الطلاق لمن أخذ بالساق » .

بينما نجد الخلع عبارة عن عقد فيه ايجاب وقبول ، ويشترط فيه التراضي بــين الزوجين على بدل معلوم . أما الطلاق فهو من الاسقاطات التي تقع بارادة منفردة فخالف الخلع الطلاق بهذا الأمر .

ثم قد يكون الخلع بيد الحكمين نتيجة قرارهما فيحكم القاضي بالفرقة بناء على أنه لم يعد هناك من أمل لعودة الحياة الزوجية بين الرجل والمرأة . وهذه حالة أخرى تخالف الطلاق الذي لا شريك للرجل فيه .

٢ — ثم ان الاصل في الطلاق أن يكون رجعياً ، بل كل الطلاق رجعي الا ما كان قبل الدخول وما كان مكملاً للثلاث — وهذا مذهب الظاهرية — وهم على حق بذلك وأقرب الآراء الى القرآن الكريم بل هذا هو الطلاق الذي ذكره القرآن .

وفي اعتبار الخلع طلاقاً رجعياً ، تنافياً مع الغرض المقصود منه اذ تخالع الزوجة اليوم أو يصدر الحكمان قرارهما أو القاضي حكمه بالتفريق اليوم فيأتي الزوج باليوم التالي فيراجع زوجته ، وهذا مما يتنافى مع حكمة مشروعية الخلع .

٣ — اذا اعتبرنا الخلع فسخاً كان في هذا حسماً للخلاف حول تكييف الخلع الفقهي ، اذ يعتبر حينئذ معاوضة محضة من الجانبين ، وفي هذا تسهيل كبير في أحكام الخلع ، الذي اعتبرها الفقهاء يمينا من طرف ومعاوضة من طرف آخر .

٤ — ان في اعتبار الخلع فسخاً توسعة لعدد الطلقات التي يملكها الرجل فقد يعود

الزوجان الى حياتهما المشتركة بعقد جديد ومهر جديد ، وقد تكون هذه الفرقة قد سبقها طلاقان فاذا كان الخلع طلاقاً كان تلك الفرقة الطلقة الثالثة أما لو كان فسخاً لجاز رجوع الزوجين الى بعضهما . وهذا أقرب الى المصلحة ، وما كان أقرب الى المصلحة كـان أقرب لروح الشرع وحكمته .

٥ ـ إن في اعتبار الخلع فسخاً قضاء على تعدد الطلقات في العدة على رأي المذاهب التي تبيح ايقاع الطلاق في العدة . أما في الفسخ فلا يجوز ذلك . وهذا ارفق بالزوجة وأبعد ضرراً عنها .

٦ ـ وأخيراً نرجح أن يكون الخلع فسخاً لنمنع أي شخص من أن يتدخل بين زوجين فيفرق بينهما عن طريق المخالعة اذا دفع للزوج مبلغاً من المال ليطلق زوجته كما أجازت ذلك أكثر المذاهب التي اعتبرت الخلع طلاقاً وهي الاحناف والشافعية وبعض الزيدية ، لأن بعضهم منع خلع الاجنبي . أما في اعتباره فسخاً فلا يجوز الفسخ من أجنبي .

الآثار التي تترتب على اعتبار الخلع فسخاً او طلاقاً :

الفرق بين الفسخ والطلاق :

١ ـ اذا اعتبرنا الخلع طلاقاً حسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج أما ان كان فسخاً فلا يحسب . فمن طلق مرتين وخالع فان كان الخلع طلاقاً لم يعد يملك الرجوع الى زوجته حتى تنكح زوجا غيره . أما لو كان الخلع فسخا فيمكن أن يعود الى زوجته بعقد جديد[1] .

٢ ـ اذا كان الخلع طـلاقاً كان للزوج أن يعدد أكثر من طلقة فيقع ما عدده على رأي من يجيز تعدد الطلقات أما لو كان للخلع فسخاً فهو طلقة واحدة ولو نوى أكثر

---

(١) سألني طالب في كلية الحقوق بجامعة القاهرة احاله الي الدكتور مدكور عن رجل طلق امرأته مرتين في وقتين مختلفين بينهما مراجعة ثم خالعها فهل يجوز ان يعود إليها بدون ان تتزوج بآخر ؟ .. فأجبته ان الخلع فسخ لا يحسب من الطلقات ولتعد اليه زوجته بعقد جديد ولينقذها من المحلل والتحليل .
وهذه الفتوى على خلاف ما عليه العمل في الجمهورية العربية المتحدة وذلك على قول الفقهاء الذين رجحوا ان الخلع فسخ وليس بطلاق .

من واحدة[1] .

٣ ــ من قال ان الخلع طلاق فعدته عدة الطلاق ومن قال أنه فسخ قال ان عدة المختلعة حيضة واحدة . الا ما روى عن احمد ان عدة المختلعة عدة المطلقة مع ان الصحيح في مذهبه أن الخلع فسخ .

هذا هو أثر المخالعة بين الزوجين حيث تم الفرقة بينهما طلاقاً أو فسخاً على الخلاف الذي ذكرناه[2] .

---

(١) جاء في البحر الرائق ٤/٨٠ لو قال لها قد خلعتك عن ألف ثلاث مرات فقبلت وقع طلاقا ثلاثا .
وجاء في شرح الدردير ٢/٤٢٠ انه لو قالت له طلقني واحدة بالف فطلقها ثلاث فتلزمها الألف لحصول غرضها وزيادة .

الا ان الدسوقي نقل عن ابن عرفة ٢/٤٢١ : الذي استظهره ابن عرفة رجوعها عليه بما اعطته .

(٢) الاثر الثاني : اسقاط الحقوق الزوجية : اذا تم الخلع بين الزوجين واستحق الزوج العوض المتفق عليه في العقد . قال ابو حنيفة : يسقط بالخلع كل حق لأحد الزوجين على الآخر ترتب بسبب عقد الزواج من صداق مؤجل أو نفقة ماضية لان الخلع انما شرع لقطع كل علاقة مالية او غير مالية بين الزوجين .
أما أبو يوسف فقال اذا كان الخلع بلفظ المبارأة فالحكم كذلك لان المبارأة تفيد المخالعة بين الزوجين اما اذا تم بلفظ الخلع فلا يسقط شيء من الحقوق الزوجية .
ويقول أبو حنيفـــة ان الطلاق على مال بلفظ الخلع لا تسقط به حقوق الزوجية بل يستحق ما سماه فقط . المبسوط ٦/١٧٢ فتح القدير ٣/٢٠٠ .

ويرى محمد وبقية فقهاء المذاهب ان الحقوق الزوجية ثابتة ولا يزيلها الخلع لانه عقد تم بايجاب وقبول على مبلغ معين فلا يتعدى رضا الطرفين ما اتفقا عليه فالزوج يستحق بدل الخلع فقط . ولكل منهما على الآخر حقوقه كاملة لأنه لم ينص عليها في عقد الخلع .

والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ في مصر على مذهب محمد والجمهور حيث اعتبر النفقة ديناً ثابتاً في ذمة الزوج لا يسقط الا بالاداء او الابراء .

المبحث الرابع

اذا طلبت الزوجة المخالعة من زوجها
فهل يجب عليه ان يلبي طلبها فيطلقها ؟ ...

قال جمهور الفقهاء لا يجب على الزوج ان يجيب زوجته الى ما تطلبه من مخالعة غير أنه يندب اليه ذلك .

وقال بعضهم يجب عليه أن يلبي طلب زوجته فيطلقها .

قال عمر بن الخطاب[1] كما جاء في سنن البيهقي [2] :

اذا أراد النساء الخلع فلا تكفروهن .

وقال عطاء بن أبي رباح[3] : يحل الخلع والأخذ أن تقول المرأة لزوجها اني أكرهك و لا احبك .

وقال الطبري[4] : غير اني أختار للرجل استحبابا لا تحتيما اذا تبين من امرأته ان افتداءها منه لغير معصية الله بل خوفا منها على دينها ، أن يفارقها بغير فدية ولا جعل .

---

(١) عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي العدوي . ثاني الخلفاء الراشدين واول من لقب بأمير المؤمنين . كان في الجاهلية من ابطال قريش وأشرافهم . اسلم قبل الهجرة بخمس سنين بويع الخلافة يوم وفاة أبي بكر (سنة ١١ هـ) وفي ايامه تم فتح الشام والعراق وافتتحت القدس والمدائن ومصر والجزيرة وهو اول من دون الدواوين في الاسلام . واستشهد على يد ابو لؤلؤة فيروز الفارسي غيلة فعاش بعد الطعنة ثلاث ليال . الاعلام للزركلي ٧١٤/٢ ط ١٩٢٧ . اشتهر مشاهير الاسلام ١٨٥/٢ .

(٢) سنن البيهقي ٣١٣/٧ .

(٣) تفسير القرطبي ١٣٨/٣ .

(٤) تفسير الطبري ٥٨٠/٤ .

ونقل الطبري عن بعض المفسرين لقوله تعالى[1] إلا ان يخافا الا يقيما حدود الله ...
قال : الخوف ان تقول له انها له كارهة .

جاء في كشاف القناع[2] :

اذا كرهت المرأة زوجها لخلقه اوخلقه أو كرهته لنقص دينه أو لكرهه أو ضعفه او نحو ذلك وخافت إثماً بترك حقه ، فيباح لها أن تخالعه على عوض تفتدي به نفسها منـــه لقوله تعالى : « فان خفتم ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » .

ويسن له اجابتها ... الا أن يكون الزوج له اليها ميل ومحبة فيستحب صبرها وعدم افتدائها .

قال احمد : ينبغي ان لا تختلع منه وان تصبر .

قال القاضي قول احمد ينبغي لها أن تصبر على سبيل الاستحباب والاختيار ، ولم يرد بهذا الكراهة لأنه قد نص على جوازه في غير موضع[3] .

وقال في المغنى[4] : ومن المندوب اليه الطلاق في حال الشقاق وفي الحال التي تخرج المرأة الى المخالعة لتزيل عنها الضرر .

وجاء في الانصاف[5] : واذا كانت المرأة مبغضة للرجل وتخشى أن لا تقيم حدود الله في حقه فلا بأس أن تفتدي نفسها منه . فيباح للزوجة ذلك والحالة هذه ـــ على الصحيح من المذهب ـــ وعليه أكثر الاصحاب . وجزم الحلواني بالاستحباب وأما الزوج فالصحيح من المذهب : أنه يستحب له الاجابة اليه . وعليه الاصحاب .

واختلف كلام الشيخ تقي الدين في وجوب الاجابة اليه والزم به بعض حكام الشام المقادسة الفضلاء .

---

(١) المصدر السابق ٥٥٧/٤ .

(٢) كشاف القناع ١٦٧/٥ .

(٣) اطلت في نقل هذا النص لتأييد ما سبق ان استظهرته أن الخلع يختلف حكمه ان كان بناء على طلب الزوجة ام الزوج من حيث الكراهية او الاستحباب .

(٤) المغني ٢٣٥/٨ .

(٥) الانصاف ٣٨٢/٨ .

وجاء في فتاوي ابن تيمية : والمرأة اذا بغضت الرجل كان لها أن تفتدي نفسها منه[1] .

وقال بعض الائمة في المذهب الجعفري : اذا طلبت الزوجة من زوجها ان يخالعها فيجب عليه تلبية طلبها وجوباً اذا تحقق موضوع الخلع وشرعيته .

جاء في السرائر [2] :

وقال شيخنا ابو جعفر في نهايته : **وانما يجب الخلع اذا قالت المرأة لزوجها ، اني لا أطيع لك أمراً ولا اغتسل لك من جنابة ، ولأوطئن فراشك من تكرهه ان لم تطلقني ، فمتى سمع منها هذا القول او علم منها عصيانه في شيء من ذلك وان لم تنطق به وجب عليه خلعهـــا .**

وقال محمد بن ادريس تلميذ أبي جعفر : قوله وجب عليه خلعها على طريق تأكيد الاستحباب دون الفرض والايجاب ، لأن الشيء اذا كان عندهم شديد الاستحباب اتو به بلفظ الوجوب[3] .

وقال صاحب جواهر الكلام أنه يوجد رواية في المذهب الجعفري تقول بالوجوب ، ذكرها صاحب شرائع الاسلام ولكنه لم يعثر عليها .

وقال[4] : حكى محمد الشيخ وأبو الصباح وابن البراج وابن زهرة وجوب الخلع عند تحقق موضوعه .

وقد علل العلامة الحلي ما ذهب اليه الشيخ أبو جعفر فقال في كتاب مختلف الشيعة

---

(١) فتاوى ابن تيمية ٣١/٣ .

(٢) السرائر ص ٣٥٠ .

(٣) اتيت برأي محمد بن ادريس للامانة العلمية التي التزمتها في بحثي وقد كان من السهل علي والكتاب من نوادر المخطوطات ان لا أشير الى رأي يخالف رأياً أرجحه ولكن شرع الله فوق الآراء .

(٤) جواهر الكلام ص ٣٥٠/٥ وعلق صاحب الجواهر على رأي ابي جعفر بأنه ضعيف لمنافاته اصول المذهب .

بعد أن ذكر آراء من قال بالوجوب : « واحتج بأن النهي عن المنكر واجب وانما يتم بهذا الخلع فيجب[1] » .

ما نراه في هذا الموضوع :

من هذه النصوص التي نقلناها عن مختلف الفقهاء نرى ان اجابة الزوج طلب زوجته بالمخالعة ، أمر مختلف في وجوبه ، فبعض الفقهاء قال : يندب الى ذلك . وبعضهم قال بالوجوب . ومنهم من أشار الى ذلك إشارة خفيفة .

وعلى كل حال فان اجابة الزوج زوجته بالمخالعة أمر مأمور به . ولكن صفة هذا الأمر مختلف فيها بين الندب والوجوب .

والذي أراه في هذا الموضوع ، وأنا أنظر الى المبادىء العامة وروح التشريع الاسلامي في نظام الزواج ، القائم على حرية الاختيار المطلق ، وعلى ما منحه المشرع للزوجة من طلب التفريق للشقاق والضرر ، ومع ما يجوز لها أن تطلق نفسها اذا ما شرطت ذلك حين العقد ، أو فوض الزوج اليها هذا الأمر بعد ذلك .

أقول وأنا أنظر الى موضوع الزواج على أنه عش سعيد يضم زوجاً وزوجة ، ضمن لهما الاسلام كل وسائل الاستقرار والسعادة والهناء .

اذا فشل الزواج واستحال العيش الكريم في هذا البيت وأصبح جحيماً لا يطاق ، **فاني لا أجد الا القول بان الزوجة اذا طلبت المخالعة من زوجها واصرت على ذلك – رغم محاولات الاصلاح والتوفيق – فيجب على الزوج اجابة طلبها كما في حادثة ثابت بن قيس .**

ما يرد من اعتراضات على ان الخلع واجب اذا ما طلبته الزوجة :

واني أفترض عدة اعتراضات على هذا الرأي وأجيب عليها لعل فيها القاء ضوء على هذا الموضوع .

١ ـ ان أمر النبي عليه السلام في خلع امرأة ثابت بن قيس كان أمر ندب واستحباب لا أمر وجوب .

---

(١) مختلف الشيعة ص ٤٣ « كتاب مختلف الشيعة في احكام الشريعة للامام حسن بن يوسف بن مظهر المشتهر بالعلامة الحلي .

٢ ـ ان عمل النبي كان بصفته ولي أمر المسلمين لا بصفته مشرعاً ومعنى ذلك أنه ليس له صفة الدوام .

٣ ـ قد يكون سبب طلاق ثابت هو خوفه من رسول الله واطاعة لأمره خشيـة مخالفته .

* * *

١ ـ أما عن الأمر الأول فقد قال أكثر الاصوليين ان الأمر للوجوب . وفي قصة ثابت ان النبي عليه السلام أمره أن يطلقها ففعل .

قال ابن حجر [١] : « وهو أمر ارشاد واصلاح لا ايجاب » .

وقد تعقبه الشوكاني فقال : « لم يذكر ابن حجر ما يدل على صرف الأمر عـن حقيقته[٢] .

بل اني أقول لو كان الأمر أمر ندب راستحباب ، هل كان ثابت يطلق زوجتـه وهو الذي ذكرت الروايات العديدة عنه انه كان يحبها حبا جما ؟ .. فكيف بمن يحب زوجته هذا الحب يفارقها وله في الأمر خيار ، لو عرف ثابت ان أمر النبي كان للندب والاستحباب لما طلق زوجته .

وهناك أكثر من هذا ففي رواية الدارقطني باسناد صحيح ورواه الشوكاني في نيل الاوطار أن النبي عليه السلام حينما شكت اليه زوجة ثابت ما تعانيه من زوجها فـرق بينهما وثابت في بيته ولما بلغه الخبر قال : رضيت بقضاء رسول الله [٣] .

* * *

٢ ـ وأما الأمر الثاني فهو حكم النبي عليه السلام بالتفريق هل كان هذا بصفتـه مشرعاً ، أم بصفته ولي أمر المسلمين ، فان كان الاول فهو تشريع دائم لكل من طلبت زوجته الخلع ، فعليه أن يطلقها . وان كان الثاني فهذا يخضع لتقدير القاضي او الخليفة

---

(١) الفتح الباري ٣٢٩/٩ .

(٢) نيل الاوطار ٢٤٨/٦ .

(٣) نيل الاوطار ٢٤٧/٦ .

لما يراه في من يطلب المخالعة هل يفرق أم يصلح بينهما ؟ ..

ان عمل النبي عليه السلام الاصل فيه أنه تشريع فكل ما يقضي به ويقوله ويفعله هو تشريع ، الا ما قام الدليل على خلاف ذلك . وهنا لا دليل يصرفه عن صفة التشريع .

ودليلنا على أنه تشريع اجماع الفقهاء على ان احد مصدري الخلع هو هذه الحادثة التي طلق فيها ثابت زوجته بعد ان أمره رسول الله بذلك وما جاء في القرآن لم يكن فيه من التفصيل ما في هذا الحديث فأحكام الكراهية وعدم أخذ أكثر مما أعطاها وغيرها من الأحكام كلها أخذها الفقهاء من هذه الحادثة فعمل النبي عليه السلام كان تشريعاً له صفة الدوام والاستمرار .

٣ ـ واما ان طلاق ثابت كان خوفاً من مخالفة أمر النبي عليه السلام أو كان طاعة واجابة لرغبته ففي هذا يجب أن نبحث في حياة الصحابة رضوان الله عليهم هل كانوا يناقشون الرسول الكريم فيما يأمرهم به وفيما يفعله فما كان من عند الله نفذوه دون تأخير وان كان أمور الدنيا ناقشوه فيه . أم انهم كانوا يخافون أوامره فينفذونها دون أي اعتراض

اذا صح ان أوامر النبي وأفعاله كانت تنفذ دائماً دون أي اعتراض من أحد لئلا يناله من السخط والعقوبة ما يناله نقول حينئذ ان ثابتاً طلق زوجته لما أمره رسول الله تنفيذاً لأمره الذي لا مرد له ولا مخالف .

اما اذا صح ان الصحابة كانوا يناقشون النبي الكريم فيما يأمرهم به ، فما كان تشريعاً من عند الله نفذوه ، وما كان من أمور الدنيا أو مما لهم فيه الخيار ابدوا رأيهم صريحاً فيه فاما فعلوه وأما تركوه . ورأينا بعد هذا ان ثابتاً طلق دون تردد خلافاً لارادته حيث كان يحب زوجته ، نقول انه طلق وهو يعلم ان أمر النبي عليه السلام من أمر الله وهو تشريع في هذه الحالة لا يجوز له ان يخالفه فيه وليس له خيار فيما أمر به .

اذا رجعنا الى تاريخ السيرة النبوية ، لوجدنا حوادث كثيرة لا تحصى كان الصحابة يناقشون فيها رسول الله فما كان من أمور دنياهم ناقشوه فيه وما كان من أمور دينهم نفذوه دون مناقشة .

فقصة تأبير النخل حينما مر عليه السلام على قوم يؤبرون النخل فأشار عليهم خلاف ما الفوه وما يجب أن يكون عليه فقالوا له : أمن عند الله ؟ ... قال لا ... فقالوا له ما هو

الأصلح لهذا العمل فقال لهم عليه السلام : أنتم أعلم بأمور دنياكم .

وحينما أمر عليه السلام أن ينزل الصحابة في غزوة بدر في مكان بعيد عن الماء قالوا له أمنزل أنزلك الله اياه يا رسول الله أم هو الحرب والرأي ، فقال لهم بل هو الرأي فأشاروا عليه بالنزول في مكان قريب قرب بئر بدر فنزلوا فيه .

ووجه الاستدلال في هذه الحوادث واضح صريح ، ان الصحابة كانوا يفرقون في أوامر النبي عليه السلام ما كان لهم فيه الخيار وما لم يكن لهم فيه الخيار .

وفي موضوع بحثنا هذا رأيت حديثاً في صحيح البخاري نستأنس به على أن الرجل أو المرأة كانت تناقش رسول الله فيما يأمرها به وليس الطلاق من الأمور اليسيرة والسهلة التي اذا طلب من أحد الناس أن يطلق امرأته فعل دون أن يسأل عن السبب ويدافع عن وجهة نظره .

عن عكرمة عن ابن عباس ان زوج بريرة كان عبداً يقال له مغيث كأني أنظر اليه يطوف خلفها يبكي ودموعه تسيل على لحيته . فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعباس : يا عباس الا تعجب من حب مغيث بريرة ومن بغض بريرة مغيثاً ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : لو راجعته . قالت يا رسول الله أتأمرني : قال انما أنا أشفع . قالت فلا حاجة لي فيه[1] .

وهذا دليل جديد على ان الناس كلهم كانوا يناقشون ويجادلون فيما لهم فيه الخيار ، فلو كان ثابت بن قيس يعلم ان أمر النبي عليه السلام أمر ندب واستحباب ، وان له فيه الخيار من أمره ألم يكن من السهل المستطاع لديه ان يقول له يا رسول الله اني احبها ولا أطلقها .

والذي يبدو من حادثة ثابت وحادثة بريرة أمر ظهر لي في أثناء مقارنتهما ففي حادثة ثابت قال له عليه السلام : طلقها . وفي حادثة بريرة قال لها : لو راجعته . والفرق واضح. فحين كان لبريرة الخيار لم يأمرها بصيغة الأمر بل قال لها لو راجعته . وحين كان لا خيار

---

(١) وقصة بريرة انها كانت أمة عند السيدة عائشة فاعتقتها ، وكانت متزوجة من عبد اسمه مغيث ، ولما اعتقت اختارت نفسها بموجب خيار العتق ففارقت زوجها .

لثابت فيما أمره به قال له طلقها بصفة الأمر .

بل أستطيع أن أقول ان ثابت طلق زوجته لأنه يعلم أن النبي عليه السلام يأمره باحكام الخلع وهي واجبه . وبريرة لم تراجع زوجها لأنها تعلم أحكام خيار المعتقة وان لها الخيار فيما تفعل .

وحرية الرأي والمناقشة لولي الأمر لا تحتاج الى بيان في تاريخنا التشريعي . ومن قرأ تاريخ عمر بن الخطاب يرى كيف ان ضعاف النساء كنّ يناقشنه بكل جرأة وهو على المنبر .

وفي موضوع الطلاق فاني أشير الى قصة ذي الرقعتين فانها مشهورة في عهد عمر اذ قالت له زوجته : اذا قال لك عمر : طلق امرأتك . فقل لا والله لا أطلقها . فانه لا يكرهك [1] .

من الناحية الواقعية :

ثم نحن اذا عالجنا الموضوع من ناحية واقعية نجد أن الله شرع الزواج ليحقق هدفاً في هذه الحياة قال الله تعالى: (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة) . وقال النبي الكريم :

« يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فاني مباهى بكم الامم يوم القيامة ».

---

(١) روى ابوحفص باسناده عن محمد بن سيرين قال : قدم مكة رجل ومعه اخوة له صغار وعليه ازار من بين يديه رقعة ومن خلفه رقعة فسأل عمر فلم يعطه شيئاً ، فبينما هوكذلك اذ نزع الشيطان بين رجل من قريش وبين امرأته فطلقها ثلاثاً فقال : هل لك ان تعطي ذا الرقعتين شيئاً ويحلك لي ؟ .. قالت نعم ان شئت ، فاخبروه بذلك . قال نعم فتزوجها فدخل بها فلما اصبحت دخل اخوته الدار فجاء القرشي يحوم حول الدار وقال يا ويله غلب على امرأته ، فاتى عمر فقال يا أمير المؤمنين غلبت على امرأتي . فقال من غلبك ؟ . قال ذو الرقعتين قال ارسلوا اليه فلما جاءه الرسول قالت له المرأة : كيف موضعك من قومك ؟.. قال ليس بموضعي بأس . قالت ان امير المؤمنين يقول لك : طلق امرأتك فقل لا والله لا اطلقها ، فانه لا يكرهك ، فألبسته حلة فلما رآه عمر من بعيد قال الحمد لله الذي رزق ذا الرقعتين . فدخل عليه . فقال اتطلق امرأتك ؟ قال لا والله لا اطلقها قال عمر : لو طلقتها لأوجعت رأسك بالسوط .

فالزواج في الاسلام شرع ليحقق المودة والرحمة والتناسل وبهذا يساهم الاسلام في خلق جيل قوي متماسك يزداد مع الايام قوة وعدداً .

وقد وضع الاسلام في تشريعه الخالد قواعد لبناء الأسرة المسلمة فأوجب حقوقاً وواجبات على كل من الزوجين نحو الآخر ، فاذا ما أخل أحدهما بواجبه نحو شريكه كان للآخر ان يطالبه بذلك . وللقضاء ان ينصف المظلوم منهما .

ولكن هناك حالات لا تطولها يد القضاء لأنها خارجة عن الارادة ، هناك حالات يقف المرء أمامها مكتوف اليدين لأنه لا يملك لها حلاً لقد كان عليه الصلاة والسلام يتناوب المبيت عند زوجاته ويقسط بينهن في الكسوة والنفقة بل كان يضرب المثل الأعلى بالعدالة والمساواة بين زوجاته ومع هذا كله كان دائماً يقول : اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تحاسبني فيما لا أملك .

ان الحياة ليست طعاماً وشراباً وملبساً ومسكناً ، انها وراء ذلك كله ، فهذه فتاة[1] من الاعراب تزوجها معاوية وأسكنها قصراً له في دمشق وقدم لها ما يقدم الملوك لزوجاتهم وكانت تحب ابن عم لها يرعى الابل فرفضت ان تقترب من معاوية امير المؤمنين وبقيت مدة طويلة في قصرها وحيدة تعيش مع من تحب في خيالها حتى دنا منها مرة معاوية فسمعها تنشد وتقول :

لبيت تخفق الأرواح فيه	احب الي من قصر منيف
ولبس عباءة وتقر عيني	احب الي من لبس الشفوف
وخرق من بني عمي نحيف	احب الي من علج عليف [2]

---

(١) هذه الفتاة هي ميسون بنت بحدل الكلبية ام يزيد توفيت سنة ٨٠ هـ .

(٢) لما سمع منها معاويةهذا الكلام قال: جعلتني علجاً فطلقها وقال لها: كنت فبنت فاجابته: ما سررنا اذ كنا ولا أسفنا اذ بنا . الاعلام للزركلي ٢٩٨/٨ ط الثانية . الكامل لابن الاثير ٤٩/٤ شرح شواهد المغني ص ٢٢٤ ط . البهية بمصر .

ان الزوجة انسان من لحم ودم تشعر بما يشعر به الرجل ، فاذا وجدت في زوجها مالو وجده فيها لطلقها فماذا تفعل ؟ ! !..

اذا لم تجد الزوجة في زوجها السعادة التي يحققها الزواج بين الناس كأن تجد فيه بعض العيوب خلقية كانت أو جسمية وتأبى كرامتها ان تثير هذا أمام القضاء فماذا تفعل ؟! !

لقد جاءت زوجة ثابت بن قيس الى رسول الله وقالت له كلمتين لا ثالثة لهما ، قالت له : يا رسول الله اني لا أحبه ففهم النبي عليه السلام ما وراء هذه الكلمات . لقد علم ان وراء ذلك حياة تعيسة مظلمة لا يجوز السكوت عنها ، والا كان ولي الأمر في المسلمين ساكتاً على ظلم اطّلع عليه ، وحاشا للاسلام أن يرضى أو يسمح بذلك .

نعم قالت له لا أحبه ولم تشكو أمراً آخر بل صرحت بأنها لا تعتب عليه في خلق ولا دين ولكنها لا تحبه .

بل أكثر من هذا : ان زوجات النبي عليه السلام حينما جئنه يشكون قلة النفقة وضنك العيش فنزلت الآية الكريمة : يا أيها النبي قل لأزواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحاً جميلاً ، وإن كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة فإن الله أعد للمحسنات منكن أجراً عظيماً .

حينئذ خير النبي عليه السلام زوجاته بين البقاء أو الفراق فاخترن البقاء . فقالت السيدة عائشة رضي الله عنها يا رسول الله : لا تخير ازواجك اني أختارك . فقال عليه الصلاة والسلام : « إنما بعثت معلماً ولم أبعث متعنتاً » : [1] **وهذا لعمري الفقه الحي الذي يدخل القلوب بدون استئذان ...**

ألا نفهم من هذه الآية الكريمة وفعل النبي ان شكت من زوجها أمراً وتعذر عليها الصبر فلم تعد تحتمل حياتها الزوجية الا على ألم لا تطيقه فعلى الزوج أن يخيرها بين أحد الأمرين .

---

(١) احكام القرآن للجصاص ٣/٤٣٩

حتى ان الذين قالوا لا دلالة بالاية على التخيير بالطلاق قالوا : اذا اختار ت المرأة فيجب طلاقها . لأن الله أمر نبيه صلى الله عليه وسلم أن يطلق زوجاته اذا اخترن الدنيا[1] .

بل ان التخيير اعطاء حرية مطلقة للزوجة حيث تطلق نفسها دون حاجة للرجوع الى الزوج أكثر من الخلع حيث الطلاق من الرجل .

فماذا بعد ذلك ؟ أهل يقال أن هذه من خصوصيات النبي الكريم ؟ .. لا .. لأن تشريع التفويض والتخيير أخذه الفقهاء من هذه الآية الكريمة ومن فعله عليه السلام في هذه الحادثة .

وبعد فإن الله شرع الطلاق بيد الرجل لا على طريق الحصر بحيث لا يجوز لغيره أن يفرق بينه وبين زوجته وشرع للزوجة حق الخلع من زوجها فالطلاق والخلع حقان متبادلان لا يجوز لكل منهما أن يتعسف بما منحه الله .

قال ابن رشد في بداية المجتهد[2] .

ان الفداء انما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق ، فانه لما جعل الطلاق بيد الرجل اذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة اذا فركت الرجل « أي اذا بغضته » .

وجاء في الانصاف [3] :

« اذا ترك الزوج حق الله فالمرأة في ذلك كالزوج فتتخلص منه بالخلع ونحوه . »

واخيراً فاني ارى الزوجة اذا ما طلبت المخالعة من زوجها فعليه ان يعظها ويعرف سبب نشوزها او كراهيتها فلعل أمراً طارئاً سبب هذا النفور، سرعان ما يزول، وعلى الزوج أيضاً أن يحاول الاصلاح ما أمكن وذلك كما سيأتي معنا في بحث التفريق للشقاق والضرر فإن تعذر عليه ذلك فالواجب عليه ديانة أن يطلقها. وفي هذا الرأي جمع لآراء الفقهاء الذين قالوا بالندب أو الاستحباب أو الوجوب .

---

(١) المصدر السابق ٣/٤٤٠
(٢) بداية المجتهد ٢/٤١ .
(٣) الانصاف ٨/٤٣٠ .

فإن لم يستجب الزوج لطلب الزوجة بالمخالعة فما على الزوجة إلا أن ترفع أمرهـا للقاضي فيفرق بينهما مخالعة .

على أنه يجب في جميع الحالات ألا يزيد ما تدفعه الزوجة عوضاً للخلع على المهر الذي دفعه زوجها لها .

وبهذا تنال الزوجة حقاً بمفارقة زوجها إذا ما تعذر استمرار الحياة الزوجية .وتتلخص بذلك من انتقادات مريرة يوجهها الينا أصحاب الأغراض السيئة الذين يريدون أن ينالوا من هذا الدين الكريم .

المبحث الخامس

الخلع في قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية :

مصر :

لا يوجد في مصر نصوص صريحة في موضوع الخلع سوى ما جاء في المادة الخامسة : ان الطلاق نظير عوض طلاق بائن .

وما جاء في التفريق للشقاق والضرر بعد التحكيم لم يذكر القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ التفريق على مال . ولهذا وأمام سكوت القانون كان لا مناص من الرجوع الى المذهب الحنفي حسب ما جاء في المادة ٢٨٠ من القانون رقم ٣١ سنة ١٩١٠ .

وفي مجموعة الاحكام الشرعية نصوص كثيرة في الخلع مأخوذة من المذهب الحنفي ويمكن الرجوع اليها وان لم يكن لها صفة رسمية .

فمن ذلك مثلاً م ٢٧٣ : اذا تشاحن الزوجان وخافا ان لا يقوما بما يلزمهما من حقوق الزوجية وموجباتها جاز الطلاق والخلع في النكاح الصحيح .

م ٢٧٤ : يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج المخالع أهلا لايقاع الطلاق وان تكون المرأة محلاً له .

م ٢٧٥ : العوض ليس بشرط في الخلع فيقع صحيحاً به وبدونه سواء كانت المرأة مدخولاً بها أم لا .

م ٢٧٦ : يجوز قضاء للزوج أن يخالع زوجته على عوض أكثر مما ساقه اليها .

م ٢٧٨ : يقع بالخلع طلاق بائن سواء كان بمال أو بغير مال وتصح فيه نية الثلاث ولا يتوقف على القضاء .

ملاحظاتنا : على ما جاء في هذه المواد :

١ - الأصل في هذه المجموعة المذهب الحنفي ، ولهذا يجوز الخلع بنية الثلاث فتقع ثلاث طلقات . ولكن مفعول هذه المادة ملغي بالمادة الثالثة الصريحة من القانون المصري بعدم وقوع أكثر من طلقة واحدة ولو تعددت الطلقات .

٢ - يجوز الخلع ببدل وبدون بدل .

٣ - يقع بالخلع سواء ذكر البدل أم لم يذكر طلاق بائن . أي ان انتقاء عوض الخلع لا يغير من أثره .

٤ - لا يحتاج الخلع الى القضاء بل يتم بالتراضي بين الزوجين .

سوريا :

وأما القانون السوري فقد نص على بعض أحكام الخلع في المواد التالية :

م ٩٥ : ف ١ . يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلاً لايقاع الطلاق والمرأة محلا له .

ف ٢ المرأة التي لم تبلغ سن الرشد اذا خولعت لا تلتزم ببدل الخلع الا بموافقة ولي المال .

م ٩٦ : لكل من الطرفين الرجوع عن ايجابه في المخالعة قبل قبول الآخر .

م ٩٧ : كل ما صح التزامه شرعاً صح أن يكون بدلا في الخلع .

م ٩٤ كل طلاق يقع رجعياً الا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلا ق على بدل .

م ٩٨ : اذا كانت المخالعة على مال غير المهر لزم اداؤه وبرئت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق بالمهر والنفقة الزوجية .

م ٩٩ : اذا لم يسم المتخالعين شيئاً وقت المخالعة بريء كل منهما من حقوق الآخر بالمهر والنفقة الزوجية .

م ١٠٠ : اذا صرح المتخالعان بنفي البدل كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض ووقع بها طلقة رجعية .

ملاحظاتنا على القانون السوري :

١ ـ انه اعتبر الخلع طلاقاً بائناً وليس بفسخ أخذا من المذهب الحنفي .

٢ ـ خالف المذهب الحنفي في أنه يجوز للموجب من الزوجين الرجوع قبل قبول الآخر وذلك أخذا من المذهب المالكي الذي اعتبر الخلع معاوضة من الجانبين .

٣ ـ لا خلع الا بعوض فاذا انتفى العوض لم يكن خلعاً بل طلاق ، والاصل في الطلاق أن يكون رجعياً . ولهذا لو ذكر الزوجان لفظ الخلع فهو طلاق رجعي اذا نفى العوض .

٤ ـ اعتبر القانون السوري مخالعة من لم تبلغ سن الرشد المالي صحيحة ولكن بدل العوض متوقف على موافقة ولي المال .

العراق :

م ٤٦ : ف ١ الخلع ازالة قيد الزواج بلفظ الخلع او ما في معناه وينعقد بايجاب وقبول أمام القاضي .

ف ٢ يشترط بصحة الخلع أن يكون الزوج أهلا لايقاع الطلاق وأن تكون الزوجة محلا له . ويقع بالخلع طلاق بائن .

ف ٣ للزوج أن يخالع زوجته على عوض أكثر أو أقل من مهرها .

ونلاحظ أن الشيء الجديد في القانون العراقي هو أن يكون الخلع امام القاضي وأما بقية الأحكام فهي من المذهب الحنفي .

تونس :

سبق ان ذكرنا ان القانون التونسي اشترط أن يكون الطلاق بحكم القاضي واستثنى من ذلك الطلاق بالتراضي بين الزوجين ولم يذكر صيغة الخلع بل قال : بتراضي الزوجين في الفصل ٣١ .

المغرب :

الفصل ٦١ : للزوجين ان يتراضيا على الطلاق بالخلع .

الفصل ٦٢ : تخالع الرشيدة عن نفسها . والتي دون سن الرشد القانوني اذا خولعت وقع الطلاق ولا تلزم ببدل الخلع الا بموافقة ولي المال .

ويلاحظ في القانون المغربي أنه يرجع في حال عدم وجود نص الى المذهب المالكي ،

نصت المادة ٧ من المنشور السوداني رقم ٢٨ الصادر في ١٤ شعبان ١٣٤٥ والموافق ١٦ فبراير سنة ١٩٢٧ :

« في الطلاق على مال أو على الابراء لا يسقط إلا ما نص صراحة على أنه عوض عن الطلاق ... ويلاحظ ان هذا النص على خلاف ما ذهب اليه الامام ابو حنيفة حيث يرى بان المخالعة بين الزوجين تسقط ما بينهما من حقوق مترتبة وناشئة عن عقد الزواج ،

والمنشور السوداني يتفق مع مذهب الامام محمد بن الحسن الذي يرى عدم سقوط الحقوق الزوجية بالمخالعة إلا ما سمياه فقط بالاتفاق بينهما .

وقد فسرت المذكرة القضائية رقم ٢٥ بتاريخ ١٩٢٦/١٢/١٩ مقصد الشارع بترجيحه مذهب الامام محمد على الامام ابي حنيفة في هذا الموضوع [١] .

---

(١) فتح القدير ٢١٧/٣ والبحر الرائق ٩٥/٤

الفصل الثاني

الطلاق باتفاق الزوجين لدى الامم القديمة والشرائع السابقة

المبحث الاول

الطلاق بالاتفاق لدى اليونان

لم يعرف اليونان الطلاق باتفاق الزوجين ، فقد كانت سلطة الرجل أقوى من أن تسمح للمرأة مشاركته في انهاء الزواج .

ففي العصر القديم ، كان عقد الزواج يتم عن طريق الشراء ، فالزوج الذي يشتري زوجته يصبح مطلق التصرف في أن يحتفظ بها أو ان يطلقها ، وكل عمل من الزوجة في سبيل الانفصال عنه يعتبر تعديا على حقه الذي يملكه بمفرده .

وهكذا لا نجد أثراً لدى اليونان لنظام الطلاق باتفاق الزوجين ، لان هذا لا يكون في نظام يعطي الرجل الحق المطلق دون قيد في طلاق زوجته بعد أن يدفع ثمنها لأهلها فيعز عليه أن تفوّت عليه مغنمه في مشاركته بطلاق نفسها[1] ..

ولما جاء العصر الكلاسيكي لم يعد الزواج يتم عن طريق الشراء ، ومع هذا بقي الرجل متمتعاً بسلطته المطلقة في أن يطلق زوجته متى شاء وأراد .

غير أنه أصبحت الزوجة تدفع لزوجها حين الزواج بائنة هي كل ما يدفعه لها أبوها تعويضاً عن ميراثها .

« ويحدثنا ول ديورانت عن هذا العصر فيقول[2] : وكان الطلاق يباح أيضاً اذا تراضى الزوجان وكان هذا التراضي يعبر عنه عادة باعلانه رسميا .

---

(١) المرأة عند قدماء اليونان ص ١٢٥

(٢) قصة الحضارة ول ديورانت . ج ٢ مجلد ٢ ص ١١٦ .

المبحث الثانـي

الطلاق بالاتفاق لدى الرومان

مر الطلاق في الحقوق الرومانية بمراحل متعددة ففي العصر القديم كان الطــلاق مطلقاً للرجل كما كان لرب الأسرة أن ينهي زواج إبنته من زوجها رغم ارادته ولو لم توافق الزوجة نفسها على ذلك[1] .

ولما جاء العصر الكلاسيكي فقد رب الأسرة سلطته في تطليق ابنته ، واكتسبت الزوجة هذا الحق فأصبح الطلاق حقاً للزوجين من شاء منهما ان يطلق الآخر فعل ودون أن تكون هناك أسباب محدودة مما أدى الى شيوع الطلاق بكثرة بالغة .

وفي عصر الامبراطورية السفلى طرأت تعديلات هامة تحت تأثير الكنيسة ، ادت الى عدم اباحة الطلاق ولكنها لم تستطع ان تمنعه ولهذا فقد جاء الامبراطور قسطنطين عام ٣٣١ م وأعلن تقييد الطلاق وحصر الأسباب التي ان لم يتوفر أحدها لا يجوز الطلاق بدونه ولكن أثر المخالعة لم يكن يتعدى الغرامة المالية بمعنى أن الزوج له أن يطلق دون مسؤلية مالية ضمن الحدود التي حددها المشرع فاذا ما تجاوز تلك الحدود تعرض للعقوبة المالية [2] .

وفي جميع الحالات كان يجوز الطلاق باتفاق الزوجين حتى جاء جو ستينيان فألغى الطلاق بالاتفاق عام ٥٤٢ ، وحين خلفه الامبراطور جوستنيان الثاني أجازه من جديد سنة ٥٦٦[3] .

* * *

---

(١) الحقوق الرومانية للدكتور عبد المنعم بدر والدكتور عبد المنعم بدراوي .

(٢) بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني للدكتور صوفي ابو طالب ص ١٤٣ .

(٣) المرأة عند اليونان ص ٢٣٨

المبحث الثالث

الطلاق باتفاق الزوجين عند اليهود

طائفة الربانيين :

الطلاق حق للرجل يوقعه متى شاء لدى الربانيين من اليهود :

فقد جاء في المادة ٣٣٤ للربانيين : الطلاق في يد الرجل .

والمادة ٣٢٥ : قول المرأة الطلاق ليس شرطاً ومع هذا فقد قالوا يستحسن أن يكون للطلاق سبباً والا كان مكروها [١] .

ولا مانع لدى اليهود من وقوع الطلاق باتفاق الزوجين على أن يكون بحكم من السلطة الملية عندهم . وقد وجدت فتوى صادرة من حاخمخانة الاسرائيليين في القاهرة في القضية رقم ٢٩ سنة ١٩٥١ احوال شخصية أجانب جاء فيه : اذا كان الزوجان متفقان على الطلاق وتقدما باتفاق على الطلاق بينهما ، فالحكم يكون بالتصديق على الاتفاق وايقاع الطلاق .

كما ان محكمة القاهرة الابتدائية أصدرت حكمها في التفريق للاتفاق بين الزوجين في ١٩٥٨/١٠/٢١ ومما قاله أنه اذا كانت شريعة ما تبيح للرجل حل رابطة الزوجية دون توقف على ارادة الزوجة كان من البديهي القول بأن هذه تؤيد الاعتداد بالاتفاق في مسائل الطلاق [٢] .

ويبدو أثر هذا الاتفاق بالالتزامات المالية التي تترتب على انهاء الزواج ، فالطلاق في كل من الحالتين له التزام يختلف عن الآخر ، فقد يكون الاتفاق بين الزوجين على انهاء الحياة الزوجية وغالباً ما يكون كذلك ليتخلص الزوج من بعض الأعباء المالية التي قـد

---

(١) القضاء للاسرائيليين حاي بن شمعون ص ٧٧

(٢) مراجع القضاء – صالح حنفي ٤٨١/٢ قضاء الطوائف الملية . احمد صفوت ص ١١٠ .

ينوء بدفعها فيما اذا أقدم على الطلاق بارادته المنفردة. وقد يكون في هذا الاتفاق تحقيق لرغبة الزوجة في انهاء الحياة الزوجية .

اما طائفة القرائين :

فالطلاق عندهم ليس حقاً للرجل يتصرف فيه كما يشاء بل لا بد له من مسوغ يقره الشرع اليهودي ، أما اذا اتفق الطرفان على الطلاق فالأمر حينئذ جائز . جاء في شعار الخضر[1] :

ان لا طلاق الا على يد الشرع بقدر ما يكون هناك من المسوغات اللهم الا اذا كان هناك تراضي بين الاثنين فان المسوغات لا يتوقف الأمر عليها والحال هذه أن يطلقها ولو بلا سبب أصلاً ما دامت قابلة .

الاجتهادات القضائية :

جاء في حكم لحاخامخانة الاسكندرية[2] : اذا تبين للمحكمة استحالة الحياة الزوجية بين الزوجين بايقاع الطلاق اجابة للطلب المتقدم منها بذلك .

وفي حكم آخر[3] : ازاء اتفاق الطرفين على وضع حد لزواج تنقصه أبسط عوامل السعادة ونظراً لما يتطلبه الأمر من اقصاء الأولاد من جو مشحون بالبغض والشقاء ترى المحكمة وجوب ايقاع الطلاق ، وعلى الزوج اتمام اجراءاته .

* * *

---

(١) شعار الخضر ص ١٢٩

(٢) حاخا مخانة الاسكندرية ١٩٥٣/١٢/٢١ – صالح حنفي ص ٢٥٤

(٣) حاخا خمانة الاسكندرية ١٩٥٤/١٢/٢١ – رفعت خفاجى ١١٧

المبحث الرابع
الطلاق باتفاق الزوجين عند المسيحية

لا طلاق في المسيحية بمعنى ان الرجل والمرأة لا يملك احدهما فصم عرى الزوجية بل لا بد من رفع الأمر للقاضي للتطليق في أحوال نص عليها القانون وسنرجع الى قوانين الاحوال الشخصية ، ثم الى اجتهادات المحاكم ، ثم الى آراء الفقهاء ، وشرّاح القانون وأخيراً نبدي رأينا في هذا الموضوع .

١ — القوانين :

واذا رجعنا الى قوانين الاحوال الشخصية المعمول بها في مصر لغير المسلمين لا نجد مادة تشير الى التفريق في حال الاتفاق بين الزوجين على الطلاق[١] .

٢ — المحاكم :

ولهذا رفضت اكثر المحاكم في مصر التطليق باتفاق الزوجين ، فقد جاء في حكم لمحكمة استئناف القاهرة : « من حيث أنه عن الأمر الأول وهو الطلاق بالتراضي فإن الشرع لدى طائفة الاقباط الارثوذكس لايجيز للزوجين أن يتحللا من عقد الزواج بإرادتهما بل يأخذ بمبدأ التحديد القانوني لأسباب التطليق فلا يفسخ العقد إلا بحكم ولأسباب بعينها ، ذلك ان الكنيسة الارثوذكسية التي ينتمي اليها الزوجان تعتبر الزواج نظاماً قانونياً وان القواعد التي يتكون منها هذا النظام انما هي قواعد أمره لا يملك الزوجان الاتفاق على مخالفتها .

ولكن محكمة الاسكندرية الابتدائية حكمت بخلاف ذلك بعد حكم استئناف القاهرة :

---

(١) غير أن قانون الأرمن الارثوذكسي نص في المادة ٣٧ : يحرم على الزوجين ان يتفقا على الطلاق .

« متى ثبت باقرار الطرفين قيام سوء التفاهم المستمر بينهما وتصدع الحياة الزوجية واستحالتها نتيجة لذلك تعين على المحكمة التطليق[1] » .

٣ – الفقـــه :

يقول الاستاذان محمد محمود نمر والفي بقطر حبشي في كتابهم الأحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية[2] .

« ... كذلك تحرمه ولو اتفقت ارادة الزوجين على وقوعه بتلك الوسيلة . وهذا التحريم يعتبر من المبادىء الأساسية التي تقوم عليها الشريعة المسيحية .

ولكن الدكتور اهاب اسماعيل يعتبر أن الاتفاق على التطليق جائز لدى شريعـــة الأقباط الارثوذكس ، باعتبار ان النفور والشقاق من الأسباب التي تبيح التطليق ، ويقول ألا يمكن أن نعتبر الاتفاق دليلاً على وقوع هذا الشقاق والنفور الذي لولاه ما أدى الأمر الى اتفاق الزوجين على انهاء حياتهما الزوجية . ويقول : فإذا ما كان هذا النفور قد تسبب فيه أحد الطرفين وجاز الحكم بالتطليق على أساسه ، فإنه من باب أولى يكون هذا النفور موجباً للتطليق حينما يتسبب فيه الطرفان ويقران باتفاقهما على العزوف عن الحياة الزوجية والاصرار على عدم الاستقرار فيها[3] .

وقد رد الاستاذ رفعت خفاجي على الدكتور اهاب اسماعيل[4] بقوله :

يرى اهاب اسماعيل الاعتداد بالاتفاق كسبب من أسباب التطليق . ونحن نخالفه في هذا الرأي لما هو مستقر عليه فقهاً وقضاء من ان الزواج عند المسيحيين على اختلاف طوائفهم نظام قانوني وليس عقداً ، فلا يملك الزوجان الاتفاق على مخالفة القواعد التي يتكون منها هذا النظام .

ومما يؤيد ما ذهب اليه الدكتور اهاب اسماعيل قرار للمجلس القبطي في القاهرة

---

(١) محكمة الاسكندرية الابتدائية ١٩٥٧/٣/٥ راجع صالح حنفي ٥٠١/٣

(٢) الاحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية ص ٢٨١

(٣) اهاب اسماعيل الطلاق لدى الارثوذكس ص ٢٢٩

(٤) رفعت خفاجي قضاء الاحوال الشخصية ص ١٢٩

في قضية ملخصها ان قبطياً ارثوذكسياً طلب التطليق من زوجته بسبب اصابتها بالعمى فأجابه مجلس ملّي فرعي جرجا لطلبه وحكم بطلاقه من زوجته .

ولكن المجلس الملّي العام قضى غيابياً بالغاء الحكم المذكور وقال إن زيجة دامت خمسين عاماً بين زوجين لا يجوز فصم عراها لهذا السبب[1] .

غير ان الزوجة لم ترض بالغاء الحكم وطلبت من المجلس الملّي العام الغاء حكمه فأجابها الى طلبها ثانية وقرر « وحيث ان الزوجة التي كان المجلس الملّي العام يهدف الى مصلحتها قد تضررت من هذا الحكم ورفعت معارضة عنه وقررت انها توافق على الطلاق بل ان مصلحتها متحققة في الحكم بالفصل لأنها ستقيم في منزله على الرغم من هذا الحكم .. فيتعين إجابة الزوجة الى طلبها والحكم بفصل الزوجين[2] » .

ولهذا فاني أرى ان الاتفاق على انهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين في الشريعة المسيحية ، أمر يجوز وان لم ينص عليه مع ملاحظة التفرقة بين مجرد الاتفاق بين الزوجين على الفرقة فهذا لا أثر له لأنه لا يجوز الطلاق الا بحكم الحاكم انما الخلاف وموضوع البحث ما اذا رفع الزوجان امرهما الى القاضي ليحكم لهما بالتفريق .

كما اني أرى ان مجرد وجود بعض الأسباب كالهجر والايذاء والاعتداء على أحد الزوجين ومما يشبه ذلك مما نص عليه القانون يسهل كثيراً الاتفاق على الطلاق ، فإذا تم الاتفاق بين الزوجين على فصم عرى الزوجية ولم يسمح القضاء بذلك كان من السهل على أحد الزوجين أن يهجر الآخر أو أن يؤذيه أو أي فعل يمكن أن يدخل تحت احدى المواد التي تجيز التفريق ثم يتقدم الطرف الآخر بطلب الفرقة وبهذا يكون الاتفاق على انهاء الحياة الزوجية .

فضلاً عن ان القانون حين نص على الشقاق والخلاف وسوء العشرة بين الزوجين

---

(١) مجلس ملي عام القاهرة تاريخ ١٩٥١/١٠/١٦

(٢) مجلس ملي عام القاهرة تاريخ ١٩٥١/١٢/١١

كسبب يبيح للطرف الآخر طلب التطليق فان الاعتراف بهذا السبب اعتراف بالطلاق ضمنياً لأنه ليس من المعقول أن يتفق زوجان على الطلاق الا بعد أن تتكدر حياتهما ويستحيل استمرار العيش المشترك بينهما(١) .

ويقول الدكتور اهاب اسماعيل (٢) : ولو أننا استبدلنا لفظ الاتفاق بلفظ اصرار الزوجين على التطليق لخيّل الي ان النظرة المعنوية ستتغير ، ويقبل بأن هذا الأصرار دليل حاسم على استحكام النفوذ وتأصيل الكراهية والحزم والتيقن من عدم توقع عودة الحياة الزوجية .

* * *

---

(١) جاء في المادة ٢١٤ من القانون الروماني الصادر في ١٨٦٥ والمعدل في ٢٤ مارس سنة ١٩٠٦ : اذا اتفق الزوجان على الطلاق اعتبر التراضي دليلا كافياً على ان المعيشة بينهما اصبحت لا تطاق .

(٢) انحلال الزواج في شريعة الأقباط الارثوذكس للدكتور اهاب اسماعيل ص ٢٢٩ .

الفصــل الخامس

الطلاق باتفاق الزوجين في القوانين الاجنبية

لا تجيز معظم القوانين الاجنبية الطلاق باتفاق الزوجين باعتبار ان أسباب الطلاق جاءت في هذه القوانين حصراً ولا يجوز التفريق إلا بحكم القاضي بناء على تقديره لتلك الاسباب .

ولكن كما لاحظنا في أسباب التفريق لدى شريعة الاقباط الارثوذكس ، حين عددت أسباب الطلاق أنه من الممكن أن يتفق الزوجان بالتواطؤ لا على الطلاق ، بل على ارتكاب أحدهما جريمة الزنا أو يقوم بعمل يعتبره القانون سبباً للتفريق فيطلب الطرف الآخر التفريق بسببه .

الطلاق باتفاق الزوجين في فرنسا :

عرفت فرنسا نظام الطلاق باتفاق الزوجين في تشريع عام ١٧٩٢ بعد أن انتصرت على نظم الكنيسة التي تحرم الطلاق لأي سبب كان .

وفي عام ١٨٠٤ عدلت المجموعة المدنية أحكام الطلاق ، وأبقت الطلاق بالاتفاق مع بعض قيود تقلل من حدوثه .

وقد جاءت هذه القيود في المواد (٢٧٥ ــ ٢٩٤) وأهم هذه القيود :

١ ــ الرضا التام من الزوجين على طلب التفريق وذلك بأن يعبرا عن ارادتهما ثلاث مرات خلال تسعة أشهر انهما اتفقا على الطلاق .

٢ ــ موافقة آباء الزوجين على التفريق .

٣ ــ ضمان مستقبل الأولاد وتأمين تعليمهم .

٤ ــ ولا يقع الطلاق الا بحكم القاضي بعد أن يتأكد من توافر هذه الشروط .

ومن الطبيعي ان مثل هذه القيود تجعل الطلاق باتفاق الزوجين نادر الوقوع[1] .

وفي عام ١٨١٦ الغي نظام الطلاق في فرنسا نظراً لشيوع الطلاق بشكل مخيف جداً .

وقد أعيد في ١٨٨٤ نظام الطلاق بعد ان حذف منه الطلاق باتفاق الزوجين .

بلجيكا :

أخذت **بلجيكا** المجموعة المدنية الفرنسية ولا تزال تطبق نظام الطلاق فيها . وعلى هذا فالطلاق باتفاق الزوجين لا يزال ساري المفعول في بلجيكا .

وقد وضع المشرع قيوداً عدة نذكرها فيما يلي :

م ٢٧٥ : يشترط أن يكون الزوج قد بلغ من العمر **٢٥** سنة على الأقل .
وأن تكون الزوجة قد بلغت من العمر **٢١** سنة على الأقل .

م ٢٧٦ : ان تكون قد انقضت على الزواج سنتان على الأقل .

م ٢٧٧ : أن لا تكون قد انقضت على الزواج عشرون سنة .
وأن لا يكون عمر الزوجة ٤٥ سنة فأكثر .

م ٢٧٨ : أن يوافق على طلب التفريق أصول الزوجين الذين على قيد الحياة .

القانون الايطالي :

قلنا ان ايطاليا احدى الدول الثلاث التي لا تجيز **الطلاق** ولو بحكم القاضي ، وكل ما في الأمر أن القانون الإيطالي نص على نظام الانفصال الجسماني بحكم من القضاء ولأسباب محددة بالمواد ١٥٢ ــ ١٥٣ .

وقد نص القانون الايطالي في المادة ١٥٨ على التفريق بالتراضي بين الزوجين اذا توافر شرطان :

١ ــ اتفاق الزوجين كتابة على التفريق بشرط ان لا يتضمن الاتفاق نصوصاً مخالفة للنظام العام او للاداب العامة .

٢ ــ تصديق المحكمة على الاتفاق .

---

(١) مرجع القضاء في تشريعات الاحوال الشخصية للاجانب ص ١٣٨ .

روسيا[1] :

لم يحدد قانون ١٩٤٤ في روسيا أسباباً للطلاق بل أعطى الأمر للقاضي حيث يقدر الأسباب التي يتقدم بها أحد الزوجين للطلاق . إلا أنه يلاحظ أن القضاء في الاتحاد السوفييتي يسير على اعتبار اتفاق الزوجين على انهاء الزواج قرينة قوية وحجة حاسمة على استحالة الحياة الزوجية ببنهما ولهذا فان القضاء يحكم بالطلاق في أكثر الحالات التي يتبين للقاضي ان الاتفاق بين الزوجين على الطلاق بني على أسس سليمة ومعقولة يستحيل خلالها استمرار الحياة الزوجية [2] .

---

(١) مذكرات الدكتور الشرقاوي .

(٢) وهناك بعض القوانين الاجنبية اجازت التفريق بالتراضي بين الزوجين :

فقد جاء في المادة ٣١٥ من القانون المدني البرازيلي :

ان الانفصال بين الزوجين يجوز بالتراضي بينهما على ان يصدر حكم من القاضي بذلك . وجاء في المادة ٥٦ ف ٢ من القانون اليوغوسلافي الصادر في ٩ ابريل ١٩٤٦ : اذا اتفق الزوجان على الطلاق جاز للقاضي التفريق بينهما .

ونص أيضاً القانون البولندي في المادة ١٣ : يجوز الاتفاق على الطلاق على أن يكون ذلك بعد الزواج بثلاث سنوات .

راجع الاحوال الشخصية للاجانب لجميل خانكي .

البـاب الرابـع

الطلاق بحكم القاضي

وهو يتضمن :

الفصل الاول ـ التفريق للعيوب والامراض

الفصل الثاني ـ التفريق للشقاق والضرر

الفصل الثالث ـ التفريق للاعسار وعدم الانفاق

الفصل الاول

التفريق للعيوب والامراض

المبحث الاول

التفريق للعيوب والامراض في الشريعة الاسلامية

تمهيد :

الحياة الزوجية قوامها الالفة والمودة والمحبة ، ومن اهدافها التناسل لايجاد جيل قوي يساهم في بناء المجتمع الاسلامي .

هذه الحياة قد يطرأ عليها ما يعكر صفوها من مرض احد الزوجين بعلة يصعب او يطول شفاؤها او يستحيل ، او قد يجد احد الزوجين صاحبه مصاباً بمرض تناسلي او منفر او مخوّف لم يظهره له حين العقد فماذا يعمل حينئذ ؟ .

هل يبقى السليم مع المريض يشاطره ألم الحياة كما شاطره سعادتها وهناءها وله من الله الاجر والثواب لانه ساهم في تخفيف مصاب زوجه ؟ .

ام ان للزوج السليم اذا ما خشي انتقال العدوى من زوجه اليه أو نفر عنه نفوراً يكاد يخشى عليه من الفتنة اذا ما استمر على معاشرته او انه يرغب بزوج معافى غير مريض ، هل لهذا الزوج ان يطلب التطليق من القاضي فيجيبه اذا ما ثبت ذلك ؟

الفــرع الاول

رأي المذاهب في أصل التفريق للعيوب

في الشريعة الاسلامية ثلاثة مذاهب في التفريق للعيوب والامراض بين الزوجين :

١ ـ المذهب الاول ـ مذهب الظاهريــة

قالوا لا تفريق بين الزوجين لعيب في احدهما .

ووافقهم على ذلك الشوكاني وصاحب الروضة الندية وهو قول عمر بن عبد العزيز وبعض التابعين .

٢ ـ المذهب الثاني ـ مذهب الاحناف

قالوا للزوجة ان ترد النكاح اذا وجدت بزوجها عيباً تناسليا يمنع من الاتصال الجنسي اما الزوج فلا يملك هذا الحق .

٣ ـ المذهب الثالث ـ جمهور الفقهاء

قالوا لكل من الزوجين حق طلب التفريق لعيب يجده في الآخر وقد اختلفوا فيما بينهم في تعداد هذه العيوب .

اولا ـ مذهب الظاهرية

قال الظاهرية لا يجوز لاي من الزوجين رد النكاح باي عيب وجده في زوجه الآخر ، مهما كان العيب سواء كان المرض تناسلياً ام كان من الامراض السارية او المنفرة .

وهو قول عمر بن عبد العزيز كما ذكر ابن رشد في بداية المجتهد [1] .
واختاره الشوكاني في نيل الاوطار والقنوجي في الروضة الندية .

جاء في المحلى [2] : لا يفسخ النكاح بعد صحة بجذام حادث ، ولا ببرص كذلك ولا بجنون كذلك ، ولا بان يجد بها شيئا من هذه العيوب ، ولا بان تجده هي كذلك ولا بعنانة ، ولا بداء فرج ولا بشيء من العيوب .

ويقول ابن حزم [3] من تزوج امرأة فلم يقدر على وطئها سواء كان وطئها مرة او مراراً او لم يطأها قط فلا يجوز للحاكم ولا لغيره ان يفرق بينهما .

وجاء في نيل الاوطار [4] : بعد ان ذكر ادلة من قال بالتفريق للعيوب قال « ومن امعن النظر لم يجد في الباب ما يصلح للاستدلال به على الفسخ بالمعنى المذكور عند الفقهاء » .

وجاء في الروضه الندية [5] : فاعلم ان الذي ثبت بالضرورة الدينية ان عقد النكاح لازم ، يثبت به أحكام الزوجين من جواز الوطء او وجوب النفقة ونحوها ، وثبوت الميراث وسائر الاحكام ، وثبت بالضرورة الدينية ان يكون الخروج منه بالطلاق أو الموت . فمن زعم انه يجوز الخروج من النكاح بسبب من الأسباب ، فعليه الدليل

---

(١) بداية المجتهد ٣١/٢ .
(٢) المحلى ١٠٩/١٠ .
(٣) المصدر السابق ١٥٧/١٠ .
(٤) نيل الاوطار ١٥٧/٦ .
(٥) الروضة الندية ٣٢/٢ .

الصحيح المقتضى للانتقال عن ثبوته بالضرورة الدينية . وما ذكروه من العيوب لم يأتِ في الفسخ بها حجة نيرة ولم يثبت شيء منها .

وهكذا نجد ان حجة أصحاب هذا الرأي انه لم يثبت شيء صحيح بالفسخ عن الصحابة ولا عن التابعين .

وقد اعلّ ابن حزم ما ورد في هذا الشأن ولم يحتج به فقال :

ان الاصل بقاء النكاح ولا يزول الا بدليل ولا دليل هنا على إزالته .

ويقول [1] : كل نكاح صح بكلمة الله عز وجل وسنة رسوله فقد حرم الله تعالى بشرتها وفرجها على كل من سواه . فمن فرق بينهما بغير قرآن أو سنة فقد دخل في صفة الذين أذلهم الله بقوله : « فيتعلمون منهما ما يفرقون به بين المرء وزوجه » .

دليل هذا المذهب :

استدل ابن حزم على رأيه بما رواه الزهري عن عروة بن الزبير أن عائشة اخبرته ان رفاعة القرظي طلق امراته، فتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير فجاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله انها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير وانه والله مامعه الا مثل هذه الهدبة واخذت هدبة من جلبابها . فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : لعلك تريدين أن ترجعي الى رفاعه ؟ .. لا ، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك .

قال ابن حزم : فهذه تذكر أن زوجها لم يطأها وان احليله كالهدبة ، لا ينتشر اليها وتشكو ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وتريد مفارقته فلم يشكها ولا اجل لها شيئاً ولا فرق بينهما .

* * *

مناقشة ابن حزم :

لا دليل لابن حزم الا في هذا الحديث الذي أورده ، ولكن لو امعنا النظر في الحديث

---

(١) المحلى ٦١/١٠ .

المذكور نجد انه لا حجة فيه، فقد جاء ذكر الحديث لبيان حكم شرعي بينه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو ان المطلقة ثلاثاً لا تحل لزوجها الا بعد زوج آخر ، يطأها وتذوق من عسيلته ويذوق من عسيلتها .

فعبد الرحمن بن الزبير طلق امرأة رفاعة ثم جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم لا لتشكومن عبد الرحمن بل تستفتي النبي عليه السلام بالرجوع الى زوجها رفاعة الذي طلقها ثلاثاً .

فقد اخرج مالك في الموطأ : ان رفاعة طلق امراته تميمه بنت وهب في عهد رسول الله ثلاثاً فنكحت عبد الرحمن بن الزبير فأعرض عنها فلم يستطع أن يمسها ففارقها فأراد رفاعة ان ينكحها وهو زوجها الاول فقال صلى الله عليه وسلم أتريدين أن ترجعي الى رفاعه لا... حتى تذوقي من عسيلته ويذوق من عسيلتك [١] .

وبهذا انرى أنه لا وجه للاستدلال بهذا الحديث لانها لم تطلب الفسخ من عبد الرحمن انما طلبت العوده الى رفاعه . فبين النبي عليه السلام حكم العودة للمطلقة ثلاثاً ، ومنه أخذ الفقهاء ان مجرد العقد لا يكفي في عودة المطلقة ثلاثاً الى زوجها الأول [٢] وقال ابن عبد البر بعد ان ذكر الحديث : « قد صح أن ذلك كان بعد طلاقه [٣] .

شرط السلامة من العيب :

غير ان ابن حزم قال اذا شرط احد الزوجين السلامة من العيوب ، فالشرط صحيح ولازم فاذا ظهر للمشترط خلاف ما شرط فالعقد باطل .
جاء في المحلى [٤] : فان اشترط السلامة في عقد النكاح ، فوجد عيباً أي عيب

---

(١) سبل السلام ١٨٢/٣ .
(٢) وقد روى عن سعيد بن المسيب ان مجرد العقد على المطلقة ثلاثاً يكفي لعودتها لزوجها الاول . وهو رأي مخالف للاجماع .
(٣) كشاف القناع ٨٢/٥ .
(٤) المحلى ١١٥/١٠ .

كان فهو نكاح مفسوخ مردود لا خيار له في اجازته ولا صداق فيه ولا ميراث ولا نفقه ، دخل أو لم يدخل لان التي ادخلت عليه غير التي تزوج ، ولأن السالمة غير المعيبة بلا شك فاذا لم يتزوجها فلا زوجية بينهما [1] .

ملاحظاتنا حول هذا النص :

١ ـ اعطى حق الاشتراط للزوج دون الزوجة وهي تفرقه لا مبرر لها في رأينا بل على العكس فاننا نرى ان اعطاء هذا الحق للزوجة اولى لأنها لا تملك الطلاق

٢ ـ اعتبر مخالفة الشرط في النكاح بطلان للعقد من أصله بحيث لا يقبل الاجازه ولو قبل النكاح .

وهذه مبالغة فان الزوج قد يرى عيباً في زوجته ويسكت عنه فلماذا نعتبر العقد باطلا ولا نعطيه حق الخيار ان شاء أمسك زوجته وان شاء فسخ العقد .

٣ـ واخيراً فاننا نرى قياساً على قاعدة الشروط. ان الشرط الملحوظ كالشرط الملفوظ ، حسب ما ذهب اليه الحنابلة ، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، على ما ذهب اليه جمهور الفقهاء ان الزوج حين يتزوج انه يشترط السلامة من العيوب المنفردة والسارية او من كل عيب يعتبر فيه العرف انه منفر ، فتخريجاً على هذا النص واستنباطاً لما جاء فيه نستطيع القول بان العيوب التي ينفر منها الطبع والحس عيوب موجبة للتفريق بين الزوجين .

---

(١) قارن هذا وما جاء في فتح القدير ٣/٢٦٧ ـ لو شرط وصفاً مرغوباً فيه كالعذرة والجمال والرشاقة وصغر السن فظهرت ثيبا عجوزاً شوهاء . ذات شق مائل ولعاب سائل وانف هائل وعقل زائل لا خيار له في فسخ النكاح .

ثانيا ـ مذهب الاحناف

قال الاحناف: اذا وجدت الزوجة زوجها مصاباً باحد الأمراض التناسلية التي تحول دون الاتصال الجنسي فلها حق طلب التفريق من القاضي ، وهذه العيوب هي العنة ، الجب ، الخصي ،الخنوثه، التأخد [1] ، وقصر بعضهم التفريق على العيوب الثلاثة الاولى فقط .

وقد أضاف الامام محمد عيوباً أخرى كالجنون والجذام والبرص .

قال في منتقى الابحر [2] : ولاخيار لها إن وجدت به جنوناً أوبرصاً خلافاً لمحمد

ولاخلاف في المذهب الحنفي ان حق الرد بهذه العيوب هو حق خاص بالزوجة

وعلل الكاساني ذلك في البدائع فقال[3]:لأنها لا تملك الطلاق فتعين الفسخ طريقاً لدفع الضرر . فلو وجد الزوج في زوجته عيباً تناسلياً يمنعه من الوصول اليها لا يجوز له التفريق بسببه فان شاء ابقى زوجته وله الاجر على فعله وان شاء طلق باحسان .

قال في المبسوط [4] : لا يريد الرجل امرأته عن عيب فيها ولو كان فاحشاً انما له الخيار ان شاء طلقها وان شاء أمسكها .

---

(١) البدائع ٢/٣٢٧ .
(٢) منتقى الابحر ١/٤٧١ .
(٣) المصدر السابق
(٤) المبسوط ٥/٩٧ .

ودليل ابي حنيفة وأبي يوسف في حصر العيوب التي تبيـــح للزوجة حق التفريق بالعيوب التناسلية :

ان الغاية من الزواج التناسل فقد قال عليه السلام : « تناكحوا تناسلوا » فجعل الرسول الكريم التناسل ثمرة الزواج فاذا كان الزوج معيباً بعيب يمنع الاتصال الجنسي فاتت ثمرة النكاح ، فوجب الفراق اذا ما طلبت الزوجة ذلك .

يقول استاذنا الجليل الشيخ محمد أبو زهرة [1] :

اقتصر الشيخان على العيوب الجنسية دون غيرها : العنة والخصي والجب لان الغاية من الزواج حفظ النسل فاذا لم يكن الرجل صالحا لذلك فقد أصبح تنفيذ العقد مستحيلا فلا جدوى في بقائه ، ولان البقاء مع ذلك ضرر بالمرأة لا يقبل الزوال ولا طريق للتخلص منه الا بالتفريق .

ونلاحظ على توجيه استاذنا ان هذا يتفق مع ما عرّف به الفقهاء عقد النكاح بأنه عقد يرد على المتعة الجنسية قصداً . ونحن لا نوافق على هذا التعريف لأن للزواج غايات مثلى غير المتعة الجنسية ، وان كان الاحصان والعفة هي من ضمن اهداف الزواج في الواقع ولكنها ليست محلاً للعقد حتى يستحيل تنفيذه اذا لم توجد .

---

(١) الاحوال الشخصية قسم الزواج ص ٣٥٤ .

ثالثا ـ مذهب الجمهور

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والجعفرية والاباضية الى أن حق التفريق للعيب هو حق مشترك للزوجين فلكل منهما اذا وجد بصاحبه عيباً فله حق طلب التفريق[1] .

وقد اختلفت هذه المذاهب قليلاً بتعداد هذه العيوب وسوف نذكرها بايجاز دون شرح ، ومن أراد الاطالة فعليه الرجوع الى مصادرها .

مذهب المالكية

قال الخرشي[2] : العيوب ثلاثة أقسام :

١) مشتركة بين الزوجين : الجنون والجذام والبرص والعذيطة (الخراءة عند الوطء) والخنثى .

٢) خاصة بالرجل : الجب والخصاء والعنة والاعتراض .

٣) خاصة بالمرأة : الرتق والقرن والعضل والافضاء والبخر .

وقال الشافعية في الوجيز[3] :

يثبت للزوج حق الرد بالعيوب الخمسة : فلكل واحد من الزوجين الخيار بالبرص والجذام والجنون[4] .

ويثبت لها بجبه وعنته ، وله برتقها وقرنها[5] .

---

(١) وقال الاحناف اذا حكم القاضي بالفسخ صح حكمه . المنتقى شرح المنتقى ٤٢٧/١

(٢) شرح الخرشي ٧٣٠/٢ .

(٣) الوجيز ١٨/٢ وقال في المنهاج : اذا وجد احد الزوجين بالاخر جنوناً ولو متقطعاً او جذاماً او برصاً او وجدها رتقاء او قرناء او وجدته عنيناً او مجبوباً ثبت في فسخ النكاح .

(٤) تحفة المحتاج ٣٤٦/٧ .

(٥) نهاية المحتاج ٢٣٧/٥ .

وقال الحنابلة في المغني[1] :

وأي الزوجين وجد بصاحبه جنوناً أو برصاً او كانت المرأة رتقاء ، او قرناء او عفلاء ، او فتقاء ، او الرجل مجنوناً ، فلمن وجد ذلك منهما بصاحبه الخيار في فسخ النكاح .

وقال الزيدية في المنتزع المختار[2] .

العيوب المشتركة : الجنون والجذام والبرص والرق وعدم الكفاءة .

العيوب الخاصة بالزوجة : الرتق والقرن والعقل .

العيوب الخاصة بالرجل : الجب والخصاء والسل (سل الخصيتين) [3] .

وقال الجعفرية في اللمعة الدمشقية[4] .

العيوب خمسة : الجنون والخصاء والجب والعنة والجذام .

وقال الاباضية في شرح النيل [5] في تعداد العيوب :

المجنون والمعتوه ... وكذلك البرص والعنه والجذام والعقل والرتق .

* * *

---

(١) المغنى ٥٩٧/٧ .

(٢) المنتزع المختار ٢٩٥/٢ .

(٣) ويلاحظ انهم لا يذكرون العنة من الاسباب المجيزة للفسخ .

قال في التاج المذهب ٦٦/٢ ؛ لا يفسخ بالعنة وهو المذهب .

وقال المؤيد بالله وزيد بن علي والصادق والباقر والنفس الذكية والناصر : ويفسخ العنين . وحجتهم حديث امرأة رفاعه كما جاء في المحلى ٨٣/١٠ .

(٤) اللمعة الدمشقية بشرح الروضة البهية ١٢٤/٢ .

(٥) شرح النيل ٢٤٤/٣ .

ادلــة الجمهور

١) ما رواه أحمد في مسنده[١] :

إن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني غفار [٢] فلما دخل عليهــا فوضع ثوبه وقعد على الفراش ابصر بكشحها بياضا ، فانحاز عن الفراش ثم قال : خذي عليك ثيابك ولم يأخذ مما آتاها شيئاً[٣] .

وفي رواية أخرى أكثر دلالة : أنه صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني غفار فلما دخلت عليه رأى بكشحها بياضا واضحاً فردها الى أهلها وقال : دلستم عليّ[٤] .

ووجه الاستدلال بهذا الحديث ان العيب اذا وجد بالمرأة ، فللزوج حق الخيار كما وجد النبي صلى الله عليه وسلم البرص بمن تزوجها فردها الى أهلها ، لان العيب مما تنفر منه النفوس ، والزواج شرع للمحبة والمودة بين الزوجين[٥] .

وما دام رسول الله رد زوجته لعيب البرص فيها فكل عيب يشترك مع البرص في علته فيجوز الرد به .

٢) ما رواه البخاري[٦] .

---

(١) منتقى الاخبار من احاديث سيد الاخيار . ١٥٦/٦ وقد ذكر ان احمد رواه .

(٢) المهذب ٥٠/٢ .

(٣) رد الاحناف هذه الرواية بقولهم : ان معناها لا يخرج عن كونه طلاقاً . قال في البدائع ٣٢٧/٣ : والصحيح من الرواية انه قال لها الحقي بأهلك وهذا من كنايات الطلاق عندنا .
كما رد ابن حزم في المحلى على هذا الحديث بأن في سنده جميل بن زيد وهو متروك . والحديث مرسل ١١٥/١٠

(٤) سبل السلام ١٨٠/٣ .

(٥) مغني المحتاج ٣٠٢/٢ .

(٦) مغني المحتاج ٢٠٣/٣ .

روى البخاري عن النبي عليه السلام أنه قال : « فرَّ من المجذوم فرارك من الاسد » . والفسخ طريق الفرار ولو لزم النكاح مع الجذام لما أمر بالفرار .

ولهذا قالوا ان الجذام من العيوب التي تعطي للسليم من الزوجين الحق في طلب التفريق لان النبي عليه السلام أمرنا بالفرار من المجذوم وهل من فرار الا الفرقة ؟[1] .

وقد روي عن عمر أنه رأى مجذومة تطوف بالبيت فقال لها : يا امة الله لا تؤذي الناس لو جلست في بيتك[2] .

وروي عن النبي عليه السلام أنه لما قدم عليه مجذوم يبايعه أرسل اليه بالبيعة ولم يأذن له في دخول المدينة[3] .

٣) ما رواه بعض الصحابة والتابعين :

عن سعيد بن المسيب ان عمر بن الخطاب قال : ايما رجل تزوج امرأة فدخل بها فوجدها برصاء أو مجنونة فلها الصداق بمسه اياها ويرجع على من غره[4] .

وعن علي : ايما امرأة نكحت وبها برص أو جنون أو جذام أو قرن فزوجها بالخيار ما لم يمسها ان أمسك وان شاء طلق[5] .

وعن الشعبي في الذي يجد امرأته برصاء أو مجنونة او مجذومة او ذات قرن ان دخل بها فلها مهرها . وان علم قبل الدخول ان شاء أمسك وان شاء فارق بغير طلاق[6] .

---

(١) وكذلك فسر الاحناف الفرار هنا بالطلاق . قال في فتح القدير : ٢٦٧/٣ – ولو ثبت الحديث بالمعنى الذي اراده الشافعي فالفرار يفسر ايضاً بالطلاق .

(٢) شرح المواق علي خليل ٤٩٧/٣ .

(٣) فتاوى ابن تيمية ١٠٩/٤ .

(٤) الام ٧٦/٥ .

(٥) المحلى ١١٠/١٠ .

(٦) المصدر السابق ١١٠/١٠ .

الفــرع الثاني

هل العيوب التي اوردها الفقهاء جاءت على سبيل الحصر ؟٠٠٠

اذا وجد عيب بأحد الزوجين لم يرد ذكره في كتب الفقهاء ، فهل يجوز للطرف الآخر أن يطلب التفريق لاجله اذا استعصى شفاؤه او كان من الامراض السارية التي يخشى انتقالها اليه او الى أولاده ؟ ... وبعبارة أخرى هل ما نقل الينا في كتب المذاهب المختلفة التي أجازت التفريق للعيوب جاء على سبيل التمثيل ، فيقاس غيره عليه أم جاء على سبيل الحصر بحيث لا يقاس غيره عليه ؟ ...

اذا نظرنا الى ظاهر النصوص ، نجد ان جمهور الفقهاء قالوا بحصر هذه العيوب بما عددوه منها وما ذكروه ، ولكن لو أمعنا النظر في تعليلاتهم لهذه الامراض والعيوب لقلنا انها ليست محددة بل يجوز القياس عليها .

ومع هذا فقد جاء فريق من الفقهاء وذكر صراحة ان العيب اذا وجد بأحد الزوجين ، وكان مما لايستطاع به استمرار الحياة الزوجية ، ما دام شريكه مريضاً بهذا المرض ، فله حق طلب التفريق من القاضي وعليه ان يفرق بينهما .

وعلى هذا فسنبحث رأي من قال بعدم الحصر ثم نأتي بأقوال جمهور الفقهاء الذين نصوا صراحة على أنه لا رد بغير تلك العيوب التي أوردوها ، ثم نناقش ما ذهبوا اليه وما نستنبطه من آرائهم المختلفة في شتى مؤلفاتهم .

* * *

من قال من الفقهاء بعدم حصر العيوب

قال بعض الزيدية ، وبعض الحنابلة : الى ان كل عيب ينفر منه الزوج او الزوجة يحق للسليم منهما ان يطلب التفريق .

وهو قول الزهري : يرد النكاح من كل داء عضال .

وقول ابني ثور ومعمر[1] .

وقال الامام محمد من الحنفية الى أنه يحق للزوجة ان تطلب التفريق من زوجها اذا وجدت به أي عيب لا تستطيع الحياة معه بوجوده . — وهذا على ما حققناه من مذهبه . —

ومن الزيدية ، قال القاضي حسين بعدم حصر العيوب التي تجيز لا حد الزوجين التفريق بسببها .

فقد جاء في المنتزع المختار[2] :

وقال القاضي حسين : انها غير منحصرة ، بل ما منع من توقان النفس وكسر الشهوة فأنه يرد به النكاح .

ومن الحنابلة : ذهب ابن تيمية وابن القيم وابو البقاء العكبري الى رد النكاح بجميع العيوب المنفرة .

وقال ابن تيمية في الاختيارات العلمية[3] : وترد المرأة بكل عيب ينفر عن كمال الاستمتاع .

---

(١) المحلى ١٠/١١٢ روى من طريق عبد الرزاق عن معمر قال في هذه العيوب في النكاح : ما كان يشبهها فهو مثلها .

(٢) المنتزع المختار ٢/٢٩٣ .

(٣) الاختيارات العلمية ص ١٣١ .

وقال ابن القيم في زاد المعاد[1] .

« وأما الاقتصار على عيبين او ستة او سبعة او ثمانية دون ما هو أولى منها ، أو مساو لها فلا وجه له . فالعمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين والرجلين أو أحدهما أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش وهو مناف للدين .

ويقول : والقياس : ان كل عيب ينفر الزوج الآخر منه لا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة توجب الخيار .

ويقول : وكيف يمكّن أحد الزوجين من الفسخ بقدر العدسة من البرص ، ولا يمكّن منه بالجرب المستحكم المتمكن وهو أشد إعداء من ذلك البرص اليسير ، وكذلك غيره من أنواع الداء العضال .

وجاء في الانصاف[2] :

وقال ابو البقاء العكبري : « يثبت الخيار بكل عيب » حتى أنه بالغ كثيراً فقال : « لو ذهب ذاهب الى أن الشيخوخة في أحدهما يفسخ بها : لم يبعد » .

* * *

---

(١) زاد المعاد ٤/٤٣ .

(٢) الانصاف ٨/١٩٨ .

مذهب الامام محمد من الحنفية

ذكرت معظم كتب الفقه الحنفي ان الامام محمداً خالف أبا حنيفة وأبا يوسف في التفريق للعيوب حيث أضاف ثلاثة فقط هي الجنون والجذام والبرص فاذا وجد أحدها بالزوج فللزوجة أن تطلب التفريق لاجلها ، اما اذا وجدت بالزوجة فلا يملك حق التفريق لانه يملك الطلاق .

جاء في فتح القدير [1] : ولها هي الخيار بعيب فيه من الثلاثة : الجنون والجذام والبرص . ومثل ذلك ما جاء في حاشية ابن عابدين[2] .

وذكر في البحر الرائق [3] : « ان الامام محمداً خالف أبا حنيفة وأبا يوسف بالجذام والبرص والجنون اذا كانت بالزوج فتخير المرأة » .

وقد نقلت أكثر الكتب الحديثة على ان مذهب الامام محمد الحصر في هذه العيوب بحيث لو وجد عيب آخر بالزوج لا تملك الزوجة حق طلب التفريق لاجله ما عدا العيوب التناسلية المتفق عليها في المذهب .

غير اني حققت في هذا الموضوع فتبين لي ان مذهبه عدم الحصر .

ولم أر من قانون شراح الاحوال الشخصية في مصر وسورية من تعرض لتحقيق مذهب محمد اللهم الا ما كتبه استاذنا الدكتور مصطفى السباعي في شرحه الاحوال الشخصية[4] في سورية وقد ذكر أيضاً للدكتور محمد سلام مدكور في كتابه المدخل الفقهي [5] .

---

(١) فتح القدير ٣/٢٦٧ .

(٢) ابن عابدين ٢/٦١٣ .

(٣) البحر الرائق ٤/١٣٧

(٤) شرح الاحوال الشخصية للدكتور السباعي ص ١٦٦ .

(٥) المدخل الفقهي للدكتور مدكور ص ٦٩٣ .

تحقيق مذهب محمد في التفريق المعيوب

جاء في المحيط [1] :

قال محمد رحمه الله : وللمرأة الخيار في الجنون والجذام وكل عيب لا يمكنها المقام معه الا بضرر .

ألا ترى أنه يثبت لها الخيار في الجب والعنه .

وجاء في السراج الوهاج[2] قال الكرخي : العيوب الموجودة في الزوج لا تثبت الخيار للمرأة عند أبي حنيفة وأبي يوسف الا الجب والعنة والخصاء .

وقال محمد : الجنون والجذام أيضاً وكل عيب لا يمكن المقام معه الا بضرر . وجه قول محمد : ان المرأة يلحقها الضرر بالمقام مع المجنون أكثر مما يلحقها بالمقام مع العنين فاذا ثبت لها الخيار في العنه فههنا أولى .

وفي البدائع [3] :

وقال محمد : خلوه من كل عيب لا يمكنها المقام معه الا بضرر كالجنون والجذام والبرص شرط للزوم النكاح حتى يفسخ به النكاح .

وحجة محمد : ان الخيار في العيوب الخمسة (التناسلية) انما ثبت لدفع الضرر عن المرأة وهذه العيوب في الحاق الضرر بها فوق تلك لأنها من الادواء المتعدية عادة فلما ثبت الخيار فلأن يثبت بهذه أولى بخلاف ما اذا كانت هذه العيوب بجانب الزوجة .

---

(١) من نفائس المخطوطات العربية في مكتبة الازهر رقم ٣٤٨٨ .

(٢) السراج الوهاج للامام الحدادي وهو من مخطوطات المكتبة الازهرية القيمة (٣٧١) ٧٥٥٣(٥٤٨٠٨)

(٣) البدائع ٣٢٧/٢ .

وجاء في تبيين الحقائق[1] :

وقال محمد رحمه الله ترد المرأة اذا كان بالرجل عيب فاحش بحيث لا تطيق المقام معه لانها تعذر عليها الوصول الى حقها لمعنى فيه فكان كالجب والعنه .

وفي فتح المعين[2] :

قال محمد رحمه الله لها الخيار اذا كان بالزوج عيب فاحش لا تطيق المقام معه لانها تعذر عليها الوصول الى حقها لمعنى فيه فكان بمنزلة الجب والعنه .

ونقل صاحب در المنتقى عن القهستاني قوله[3] :

« انها تتخير عند محمد بكل عيب لا يمكنها المقام معه الا بضرر » .

كما نقل عن القهستاني الطحطاوي[4] :

والحق بها القهستاني كل عيب لا يمكنها المقام معه الا بضرر .

وجاء في المبسوط[5] :

وعلى قول محمد لهذا الخيار اذا كان على حال لا تطيق المقام معه لأنه تعذر عليها الوصول الى حقها لمعنى فيه فكان بمنزلة ما لو وجدته مجبوبا أو عنيناً .

* * *

---

(١) تبيين الحقائق ٣/٢٥ .
(٢) حاشية ابو السعود علي منلا مسكين ٣/١٤٣ .
(٣) مجمع الأنهر وفي حاشية الدر المنتقى ١/٤٧١ .
(٤) الطحطاوي على الدر ٢/٤٧١ .
(٥) المبسوط ٤/٩٧ .

من قال بحصر العيوب الموجبة للتفريق

قال جمهور الفقهاء الذين أجازوا التفريق للعيوب والأمراض ، ان ذكر هذه العيوب جاء على سبيل الحصر فلا يقاس غيرها عليها .

غير أننا اذا رجعنا الى التعليل الذي ذكروه سبباً للتفريق من جهة والى اضطراب النقل في تعداد هذه العيوب في مختلف كتب المذاهب التي أجازت ذلك من جهة أخرى لتبين لنا خلاف ذلك :

وها نحن نستعرض نصوص الفقهاء التي نصت على عدم الحصر ثم نذكر علة التفريق من كتبهم ايضاً

١) نصوص الفقهاء في حصر العيوب :

الشافعية

جاء في الام [١] : ولا خيار في النكاح عندنا الا من اربع

وفي مغني المحتاج[٢] : بعد أن ذكر العيوب التي تجيز التفريق قال : واقتصار المصنف (يعني النووي) على ما ذكر من العيوب يقتضي أنه لا خيار فيما عداها .

---

(١) الام ٥/٧٥ . ويقول الشافعي رحمه الله : ولو تزوج الرجل امرأة على انها جميلة شابة موسرة تامة بكر فوجدها عجوزاً قبيحة معدمة قطعاء ثيباً او عمياء او بها ضر ما كان الضر غير الاربع التي سمينا فيها الخيار فلا خيار له » .
هذا ما ذكره الامام الشافعي والذي اراه اذ يجب حمل كلامه على عدم الاشتراط اما لو اشترط صفة معينة فبان خلافها كان الأمر على خلاف ذلك وجاز له التفريق للتغرير ولعدم توافر الرضا الكامل الذي يعتبر ركناً بالعقد .

(٢) مغني المحتاج ٣/٢٠٢ .

المالكية :

جاء في بداية المجتهد[1] : واتفق مالك مع الشافعي على ان الرد يكون من اربعة عيوب ..
واختلف أصحاب مالك في العلة التي من أجلها قصر الرد على هذه العيوب .
وقد نقل ابن حزم عن مالك أنه قال : « لا رد الا من العيوب الاربعة[2] ».

الحنابلة :

جاء في الفروع[3] : « ولا فسخ لاحد بغير هذه العيوب المذكورة ».

الزيدية :

جاء في المنتزع المختار [4] : « والجمهور ان عيوب النكاح منحصرة ».
وجاء في االمجموع[5] : « يرد النكاح من أربع : من الجذام والجنون والبرص والعنه ... » .

الجعفرية :

جاء في اللمعة الدمشقية[6] : العيوب خمسة : الجنون والخصاء والجب والعنه والجذام ».

الاباضية :

جاء في شرح النيل[7] : ولا رد بغير تلك العيوب .

---

(١) بداية المجتهد ٣٢/٢
(٢) المحلى ١١٢/١٠ .
(٣) الفروع ٧٣/٣ .
(٤) المنتزع المختار ٢٩٥/٢ .
(٥) المجموع الفقهي ٧٧/٤ .
(٦) اللمعة الدمشقية ١٢٤/٢ .
(٧) شرح النيل ٢٤٤/٣.

٢) تعليل الفقهاء التفريق للعيوب :

الشافعية :

يقول الشافعي في تعليل الرد بالجذام والبرص لان كلا منهما يعدي الزوج ويعدي الولد .

ويقول كما نقل صاحب مغني المحتاج[١] : « ان الجذام والبرص مما يزعم أهل العلم والطب والتجارب أنه يعدي كثيراً وهو مانع للجماع لا تكاد نفس أحد تطيب أن يجامع من هو به ، والولد قل ما يسلم منه فان سلم أدرك نسله » .

فهذا النص يفيدنا : — ١) ان كل مرض قال عنه الاطباء أنه يسري الى غير المريض بالعدوى يجوز به التفريق .

٢) وكل ما يمنع الجماع فهو كذلك .

٣) اذا كان المرض منفراً لاحد الزوجين فللآخر طلب الفسخ .

المالكية :

قال ابن رشد في بداية المجتهد[٢] :

واختلف أصحاب مالك في العلة التي من اجلها قصر الرد على هذه العيوب الأربعة فقيل لان ذلك شرع غير معلل .

وقيل لان ذلك مما يخفى ومحمل سائر العيوب على أنها مما لا تخفى .

وقيل لانها يخاف سرايتها الى الابناء . وعلى هذا التعليل يرد بالسواد والفرع وعلى الاول يرد بكل عيب اذا علم أنه مما خفى على الزوج .

ومن هذا النص نرى ١) أنه يمكن أن نعتبر كل مرض من الأمراض السارية التي تنتقل الى الغير بواسطة العدوى سبباً مبرراً للتفريق بين الزوجين على التعليل الثالث .

---

(١) مغني المحتاج ٢٠٣/٣ ونقل مثل ذلك المزني في مختصره ٥/٤ .

(٢) بداية المجتهد ٣١/٢ .

٢) وعلى التعليل الثاني أيضاً يمكن أن نعتبر سائر العيوب المنفرة والسارية في الزوجة سبباً للتفريق بين الزوجين اذا كان الزوج السليم لا يعرف بها . وسوف نرى أن من جملة شروط الفسخ بالعيوب الا يكون السليم على علم بها فلا مجال اذن لجعله علة .

وقال الخرشي [١] : ان تلك العيوب مما تعافها النفوس ، وتنقص الاستمتاع ، او لانها تسري الى الولد ، او لان الجذام او المجنون شديد لا يستطاع الصبر عليه .

ويقول المواق[٢] : قال التميمي في الجذام : ترد المرأة به وان كان قليلاً لأنه يخشى حدوثه بالاخر وقل ما سلم الولد وان سلم كان في نسله .

هذا فضلاً عما جاء في مؤلفات المالكية من تعداد للعيوب بشكل واسع حتى عدّ الخرشي بخر الفم أو الأنف عيباً يرد به النكاح[٣] .

الحنابلة :

وجاء في المغنى [٤] : اختص الفسخ بهذه العيوب لأنها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح فان الجذام والبرص يثيران نظرة في النفس ويخشى ضرره والجب والرتق يتعذر معه الوطء والفتق يمنع لذة الوطء وفائدته ..

ومن هذا النص يمكن أن نستخلص أيضاً النتائج التالية :

١) كل عيب منع المقصود من الاستمتاع . أي كل عيب جنسي .

٢) كل عيب سبب نفرة في النفس وخشي تعديه الى النسل أي العيوب المعدية السارية .

٣) كل ما خشي منه الضرر كالجنون .

ثم نحن اذا رجعنا الى كتب الحنابلة نرى انهم توسعوا في تعداد العيوب حتى تكاد

---

(١) شرح الخرشي ٣/٧٥ .
(٢) شرح المواق علي خليل ٣/٤٨٤ .
(٣) شرح الخرشي المصدر السابق .
(٤) المغني ٧/٥٧٩ .

نقول انهم لم يتركوا عيباً عرفوه في زمانهم الا وذكروه .

قال في الانصاف[1] : واختلف أصحابنا في البخر واستطلاق البول والقروح السيالة في الفرج والناسور والباسور والخصي والسل (رض الخصيتين) وفي كونه خنثى ... هل يثبت الخيار ؟ على وجهين .

الزيدية :

وكذلك فان الزيدية على الرغم من ان جمهورهم ذهب الى أن العيوب منحصرة فان كتبهم اضطربت في تعداد هذه العيوب مما نستطيع القول انها غير منحصرة .

جاء في البحر الزخار . بعد ان ذكر العيوب وانها منحصرة ـ قال الشارح : وكذا لها أن تمنع نفسها اذا كان قد ظهر بالزوج داء الزهري[2] .

ونقل في الروض النضير عن علي عليه السلام : ان رجلاً تزوج امرأة فوجدته عذيوطاً فكرهته ففرق بينهما[3] .

وقال في المنتزع المختار نقلاً عن الانتقاء : المختار أنه يرد (النكاح) بالجنون لما فيه من الوحشة والتنفير[4] .

الجعفرية :

وأما الجعفرية فقد اختلف النقل في كتبهم في تعداد العيوب المجيزة للفسخ اختلافاً يدعونا ان نقول كما قلنا سابقاً بأنه لا حصر عندهم للعيوب . فضلاً عن تعليلهم للفسخ بالعيوب انها من الامراض المؤذية المنفرة .

فقد جاء في قواعد الاحكام للحلى[5] .

قال ابن البراج في التهذيب : ان البرص والجذام مشترك بين الرجل والمرأة :

١ ـ لعموم قول الصادق انما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون .

٢ ـ ولأنه يؤدي الى الضرر اذ هو من الامراض المؤذية .

---

(١) الانصاف ١٩٥/٩ .

(٢) البحر الزخار ٦٠/٣ .

(٣) الروض النضير ٨٠/٤ .

(٤) المنتزع المختار ٢٩٥/٢ .

(٥) قواعد الاحكام للحلي ٣٣/٢ .

٣ ــ ولا نتفاء شهوة الجماع معه .

٤ ــ ولأنه عيب في المرأة ففي الرجل أولى اذ الرجل له سبيل الى التخلص بالطلاق دون المرأة .

ويقول صاحب اللمعة الدمشقية : ان العيوب خمسة : الجنون والخصاء والجب والعنه والجذام[1] .

ثم يقول الشارح : واعلم ان القائل يكونه عيباً (الجذام) في الرجل الحق به البرص لوجوده معه في النص الصريح .

وشاركه له في الضرر والاضرار والعدوى فكان ينبغي ذكره معه .

وفي التهذيب[2] عن أبي جعفر قال : ترد البرصاء والعمياء والعرجاء .

وزاد في من لا يحضره الفقيه[3] : والجذماء .

وقال الكليني[3] : وعن أبي عبد الله ترد البرصاء والمجنونة والمجذومة .

وجاء في المختصر النافع : ان عيوب الرجل أربعة وعيوب المرأة سبعة[4] .

وقال : عيوب الرجل : الجنون والخصاء والعنة والجب .

و عيوب المرأة الجنون والجذام والبرص والقرن والافضاء والعمى والاقعاد[5] .

---

(٢) الروضة البهية ١٢٤/٢ .

(٣) التهذيب ٢٣٢/٢

(٤) من لا يحضره الفقيه ص ٣٢٣

(١) الكليني ٢٩/٣ .

(٢) المختصر النافع ص ٢١٠

(٣) انظر خلاف ذلك في الزواج والطلاق للشيخ محمد جواد مغنيه ص ٥٢ . وقال الاماميه : لا يفسخ الزوج بجنون زوجته ، حيث يمكن الطلاق وتفسخ هي بجنون زوجها ، سواء كان لجنون قبل العقد ، ام حدث بعده ، وبعد الدخول .

ويقول أيضاً ص ٥٣ : قال الاماميه : البرص والجذام من العيوب التي يفسخ بها الرجل دون المرأة على شريطة ان يحدث احدهما قبل العقد ، وان يكون الرجل جاهلا به ، ولا يحق للمرأة ان تفسخ اذا كان احد هذان العيبين في الرجل .

هل يعتبر عقم احد الزوجين سببا لطلب التفريق بينهما ؟

قلنا ان العيوب التي تجيز طلب التفريق بين الزوجين إما أن تكون جنسية أو منفرة أو مخوفة ، فهل العقم من هذه الانواع ؟ ...

يبدو أن العقم الذي هو عبارة عن العجز عن الانسال مع استكمال المتعة الجنسية بين الزوجين يختلف عن تلك الانواع ؟ .. (١)

ولكن اذا لاحظنا ان غاية الزواج وهدف الزوجين هو اسمى من أن يكون متعة جنسية لا ثمرة لها ، بل ان في جعل الزواج في هذه المنزلة نزولا به عما وضعه الله فيه ، وحيث رفعه ، فالزواج في الاسلام وسائر الشرائع عقد مقدس باركته السماء ليكون نواة لأسرة طيبة ، فاذا تعذر تحقيق ذلك كما لو كان أحد الزوجين عقيما فأن أمل كل منهما قد تلاشى حيث كان يرغب في أن يرى له بنين هم زينة الحياة الدنيا .

اذا لاحظنا ذلك وجدنا ان العقم لا يقل أهمية عن سائر العيوب ان لم يكن من أعظمها شأناً .

ان من الظلم الذي لا يرضاه الاسلام أن تعيش الفتاة صباها دون أن ترى بين ذراعيها طفلاً تداعبه وتلاعبه اسوة ببقية النساء ، وليس في تحقيق رغبتها في التفريق ضرر على الزوج ، اذ كثيراً ما يحدث أن يتفرق الزوجان فيتزوج كل منهما غير صاحبه فيكون التوالد والانسال حتى من الطرف العقيم ، أفلا يعد التفريق في هذه الحالة مصلحة مؤكدة للزوجين والاسرتين والمجتمع ؟ .

وبالرغم من احداً لم يتعرض لهذا الموضوع – في حدود ما اطلعت عليه – فأني أرى ان عقم أحد الزوجين سبب مبرر للتفريق ومما يؤيد وجهة نظري :

---

(١) يمكن ان نعتبر العقيم بعكس العنين فالاول يتوافر فيه المتعة الجنسية كاملة دون انسال بينما العنين قد يكون قادراً على الانسال دون الجماع .

١ – ما رواه ابن سيرين ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعث رجلاً على بعض السعاية فتزوج امرأة وكان عقيما فقال له عمر رضي الله عنه : اعلمتها أنك عقيم ؟ ... قال : لا ... قال : انطلق فأعلمها ثم خيرها .

ووجه الاستدلال ان عمر بن الخطاب اعتبر السكوت عن العقم تدليساً لا يصح اخفاؤه ، ولهذا أمره أن يذهب لزوجته ويخبرها بأنه عقيم ويخيرها فان شاءت البقاء وان رغبت بالفراق فليفارقها[1] .

٢ – وقد نقل الغزالي في الاحياء في آداب النكاح آثاراً وأحاديث تحث على تفضيل من تلد من النساء على غيرها وذلك لانجاب الأولاد .

فقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه كان ينكح كثيراً ويقول إنما انكح للولد .

وقال عليه السلام : خير نسائكم الولود الودود .

وقال أيضاً : سوداء ولود خير من حسناء لا تلد[2] .

وهذه كلها وان كانت من قبل التفضيل ولكنها تعطينا فكرة عن أهمية التوالد بين الزوجين .

ولا فرق في رأيي بعد عقم الزوجة وعقم الزوج وان خصت هذه الآثار الزوجة إلا أنها ليست على سبيل الحصر فكما ان رغبة الزوج أن يكون لزواجه ثمرة وهي البنين فكذلك الزوجة . ولكن خصت الزوجة بالذكر لأنها هي في الغالب العامل الفعال الأكثر في الانسال .

بل ان عقم الزوج أشد أثراً من عقم الزوجة ، اذ الزوج يستطيع أن يتزوج امرأة ثانية دون أن يطلق فتلد له البنين ، أما الزوجة فلا تستطيع ذلك إلا بالطلاق .

٣ – ان الفقهاء الذين لم يحصروا العيوب وقد وجدنا – بعد التحقيق – ان أكثرهم لا يحصر العيوب بعدد معين ، قد ذكروا من العيوب التي تجيز الفسخ مما هو أقل بكثير من عيب العقم في أحد الزوجين فالفسخ للعقم أولى من تلك العيوب .

---

(١) زاد المعاد ١٤/٤

(٢) الاحياء للغزالي ٢١/٢ .

٤ ــ وفضلاً عن هذا كله فاني أرى ان الزوجة التي تحققت أو يئست من عقم زوجها وهي بحاجة الى الاولاد ككل انسان ليس من العدالة أن نحرمها حقاً منحته أياها السماء ونحكم عليها بالشقاء والحرمان من عاطفة الامومة مدى الحياة بدون ذنب أو جناية اللهم الا ان حظها التعيس ساقها في يوم من الأيام الى هذا الرجل المسكين .

ان المصلحة ، والضرورة ، وتحقيق هدف الزواج ، كل هذه أمور تستدعي اعتبار العقم سبباً للتفريق بين الزوجين ، ومن الطبيعي أنه لا مجال للتفرقة بين عقم الزوج وعقم الزوجة ، خاصة وقد سوينا بينهما في سائر العيوب .

على أنه حرصاً منا على بقاء الحياة الزوجية وانقاذ ما يمكن انقاذه فاني أرى أن التفريق لاجل العقم يجب أن يراعي فيه القاضي او المشرع الاعتبارات التالية :

١ ــ وجود اولاد لطالب التفريق كما لو كان متزوجا قبل ذلك وله أولاد او طرأ العقم بعد انجاب عدد من البنين ، أو عدم وجود أولاد البتة .

٢ ــ التحقيق من عقم المدعى عليه . والا فيكفي مضي خمس سنوات في رأينا على الزواج بدون انجاب لاعتباره غير قابل للانسال .

٣ ــ مراعاة سن كل من الزوجين وقابليته للانجاب فيما لو تفرقا .

٤ ــ وأن لا يكون طالب التفريق عقيماً بشكل محقق(١) .

ولا نعني بهذا ان الحياة الزوجية أساس سعادتها الوحيد هو انجاب البنين ، فرب زوجين متحابين لا ولد لهما لا يفرق بينهما عقم ولا سواه خير من زوجين رزقا الكثير من الأولاد ، فالولد كما يكون نعمة لأبويه قد يصبح نقمة عليهما .

انما نقصد بذلك بيان مدى ما اعطاه الشارع من حرية تامة لكلا الزوجين بأن يعيش كل منهما حياة ملؤها السعادة والثقة والمودة والمحبة فان توفرت وإلا ان شعر احدهما ان سعادته على خلاف ذلك كان له أن يختار ما يحقق مبتغاه ضمن حدود الشرع والقانون .

---

(١) يعرف اليوم بالخبرة الطبية العقم المحقق او المشكوك فيه . راجع : دائرة المعارف التناسلية للدكتور كامل برادة ص ١٤٧

الفــرع الثالث

شروط الخيار لدى المذاهب التي اجازت التفريق للعيوب

شروط الخيار لدى الشافعية :

لا فرق بالعيب قبل الدخول او بعده :

لم يفرق الشافعية في العيب الموجب للخيار ان وجد بأحد الزوجين قبل الدخول او بعد الدخول ولا فرق ان كان بالزوج ام بالزوجة فلكل منهما حق طلب التفريق وان توفرت شروط ذلك .

قال في مغني المحتاج [1] :

اذا حدث بعد العقد عيب تخيرت قبل الدخول جزما وبعد الدخول على الاصـــح لحصول الضرر به .

وقال[2] : واذا حدث بها عيب قبل الدخول وبعده تخير كما لو حدث به .

وجاء في المهذب[3] :

وان حدث بعد العقد عيب يثبت لنا الخيار فان كان بالزوج ثبت لها الخيار لان ما ثبت به الخيار اذا كان موجودا حال العقد ثبت به الخيار اذا حدث بعد العقد كالاعسار بالمهر والنفقة .

وان كان بالزوجة ففيه قولان : أحدهما يثبت من له الخيار وهو قوله في الجديد وهو الصحيح لان ما ثبت به الخيار في ابتداء العقد ثبت به الخيار اذا حدث بعده كالعيب في الزوج .

---

(١) مغني المحتاج ٣/٢٠٣ .
(٢) المصدر السابق ٣/٢٠٣ .
(٣) المهذب ٢/٥١ .

والثاني : وهو قوله في القديم « أنه لا خيار له لأنه يملك أن يطلقها » .

وقال في الأم[1] : وان علمت قبل أن تنكحه أنه عنين ثم رضيت نكاحه أو علمت بعد نكاحه ثم رضيت المقام معه فلا يقطع خيارها .

جاء في تحفة المحتاج [2] :

يسقط الخيار إذا علم بالعيب ثم وطىء . أما العنه فلا يسقط الخيار بالعلم لأنها قد تحصل في امرأة دون أخرى وفي نكاح دون نكاح .

* * *

هل هذا الحق على التراخي أم على الفور :

واشترط الشافعية لمن له حق الخيار أن يطلب التفريق فور علمه به فإذا تراخى في طلبه سقط حقه واعتبر هذا رضا منه يعيب صاحبه . فإذا مضى وقت كان يستطيع فيه أن يطلب التفريق ولم يفعل سقط خياره .

قال في الوجيز [3] : وهذا الخيار على الفور .

وقال في المهذب [4] : والخيار في هذه على الفور لأنه خيار ثبت بالعيب فكان على الفور كخيار في البيع .

ما استثنوه من الفورية في طلب التفريق :

بما أن الشافعية لم يعتبروا علم المرأة بعنة زوجها موجباً لسقوط حقها في طلب التفريق للعنة وذلك لأن العنة قد تختلف من وقت لآخر ومن زوجة لزوجة فقد يكون الزوج عنيناً مع زوجة وغير عنين مع زوجة أخرى ، ولهذا لم يعتبروا علم المرأة مسقطاً لحقها وكذلك هنا لم يوجبوا الفورية لها في طلب التفريق فقالوا يؤجل سنة بناء على طلب القاضي .

---

(١) مغني المحتاج ٢٠٤/٣ .
(٢) تحفة المحتاج ٣٠١/٧ .
(٣) الوجيز ١٨/٢
(٤) المهذب ٥٢/٢ .

قال في مغنى المحتاج[1] : والفسخ بالعيوب على الفور الا في العنه فإنه يمهل سنة ولو ادعى جهل الفور يقبل عذره . وادعى أنه علم بالعيب وجهل الخيار قبل قوله بيمينه .

هل للمريض أن يطلب التفريق :

قال الشافعية لا يجوز للمريض أن يطلب التفريق انما الحق للسليم منهما .

فقد جاء في تحفة المحتاج : لا خيار إلا للسليم[2] أما لو كانا مريضين سواء بمرض واحد أم اختلف المرض فلكل منهما حق الفسخ .

بطلان الفسخ

إذا فسخ أحد الزوجين بموجب حق الخيار ثم تبين له أن صاحبه لا عيب فيه قالوا يبطل الفسخ .

فقد جاء في مغنى المحتاج[3] : ومن ثبت له الخيار في الفسخ ففسخ بعيب ظنه ثم تبين أنه ليس بعيب بطل الفسخ .

---

(١) مغني المحتاج ٣/٢٠٤ .
(٢) تحفة المحتاج ٣٤٦/٧ .
(٣) مغني المحتاج المصدر السابق .

شروط الخيار في العيب لدى الحنابلة

هل يشترط أن يكون العيب قبل الدخول :

في المذهب الحنبلي قولان : في حق الفسخ بالعيب بعد الدخول .

قال بعضهم إن وجد العيب بعد الدخول فلا خيار له .

وقال آخرون أن حق الخيار ثابت لأي من الزوجين اذا وجد بزوجه عيباً سواء أكان قبل الدخول أو بعد ذلك .

جاء في المحرر(1) : وان حدث به بعد العقد ، قال القاضي : له الخيار . وقال أبو بكر وابن حامد : لا خيار له .

هل هذا الحق يثبت فور العلم به أم أنه على التراخي :

يثبت حق الخيار بالتراخي ما لم يدل على الرضا ممن له حق الفسخ فإذا رضي بعيب صاحبه سقط حقه وقيل أنه على الفور .

قال في المغنى(2) : خيار العيب ثابت على التراخي . وقال القاضي أنه على الفور(3) .

وجاء في الانصاف (4) : وان علم بالعيب وقت العقد أو قال رضيت به معيباً أو وجد منه دلالة على الرضا من وطء او تمكين مع العلم بالعيب فلا خيار له بلا خلاف في العلم بالعيب أو الرضا به . أما التمكين ففيه خلاف .

واستثنى الحنابلة العنة من ذلك فقالو ا لا يسقط حق الزوجة بالفسخ لعنة زوجها ولو علمت بذلك ما لم تصرح بالرضا فيسقط خيارها .

---

(1) المحرر ٢/٢٥

(2) المغني ٧/٥٨٤ .

(3) ويترتب على القولين : انه على القول الاول فالخيار لا يسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضا به من قول او استمتاع من الزوج او التمكين من المرأة . وعلى القول الثاني : فالخيار يسقط اذا علم به واخر الفسخ .

(4) الانصاف ٨/١٩٩ .

جاء في الفروع[1] : ولا يسقط في عنة بلا قول ويسقط به .

وعلل صاحب المغنى ذلك بقوله[2] : لأنها رضيت بالعيب ودخلت في العقد عالمة به فلم يثبت لها خيار ، أي أن الزوجة لا يسقط حقها في الفسخ لعنة زوجها إلا إذا قالت صراحة أني لا أقبل به أو رضيت بعنته . فلو سكتت لا يعتبر سكوتها رضا فإذا تكلمت دل على رضاها ومتى رضيت سقط حقها بالخيار .

اذا رضي احد الزوجين بعيب صاحبه أو ظهر غيره من العيوب فهل له الخيار :

قال في المغنى[3] : اذا زاد العيب عما رضي به فلا خيار ، أما ان رضي بعيب فظهر غيره فله الخيار . وان ظهر العيب يسيراً فبان كثيراً ، كمن ظهر ان البرص في قليل من جسده فبان في كثير منه فلا خيار له أيضاً لانه من جنس ما رضي به . وان رضي بعيب فبان به غيره فله الخيار لأنه وجد به عيباً لم يرض به ولا بجنسه فثبت له الخيار .

هل يشترط بقاء العيب حتى طلب التفريق :

اشترط الحنابلة قيام العيب حتى يوم طلب التفريق فاذا ما زال قبل ذلك فلا موجب للتفريق .

جاء في الاقناع [4] : ومتى زال العيب فلا فسخ .

بطلان الفسخ : — وقال في الاقناع[5] : ولو فسخت بعيب فبان ان لا عيب بطل الفسخ .

---

(١) الفروع ٧٦/٣ .
(٢) المغني ٦٠٧/٧ .
(٣) المصدر السابق ٥٨٤/٧ .
(٤) كتاب القناع ٨٧/٥ .
(٥) المصدر السابق ٧٨/٥ .

شروط الخيار في العيوب عند الجعفرية

قال الجعفرية يشترط أن يكون العيب قبل العقد ما عدا جنون الرجل وقد فرقوا في العيوب حسب نوعها ، وما اذا كانت في الرجل او في المرأة .

عيوب الرجل [1] : —

١) اذا كان الرجل مجنوناً أو أصيب بالجنون سواء أكان قبل العقد أو بعده وسواء دخل بزوجته أو لم يدخل ، فللزوجة حق الخيار وطلب الفسخ .

٢) أما عيب العنه في الرجل فللمرأة طلب الفسخ سواء كان حين العقد أم بعد العقد ما لم يكن دخل بها فان دخل بها سقط حقها .

قال في الروضة البهية[2] فلو وطأها في ذلك النكاح ولو مرة واحدة او وطء غيرها فليس بعنين[3] .

وأما بقية العيوب فثلاثة أقوال :

فان أصيب بها الرجل حين العقد او كان مصاباً بها قبل العقد ولم تعلم بها الزوجة فلها حق طلب الفسخ ، أما اذا وجدت بعد العقد فلا خيار للزوج لان العقد تم لازماً ولا دليل على فسخه .

وقيل يفسخ بها مطلقاً سواء وجدت قبل العقد او بعده حتى ولو دخل بها لانها

---

(١) الروضة البهية ١٢٥/٢ .

(٢) المصدر السابق ١٢٦/٢ .

(٣) ويقول الامامية : لا يثبت خيار الفسخ للزوجة بسبب العنه الا اذا ثبت عجز زوجها مع جميع النساء، فلو عجز عن زوجته فقط وقدر على غيرها فلا يعتبر عنيناً لديهم لأنهم يقولون من قدر على امرأة لا يكون عنيناً بالمعنى الصحيح ولعله مرض موقت ، وهذا خلاف لجمهور الفقهاء الذين يثبتون للزوجة حق الفسخ للعنه ولو كان بالنسبة لها فقط لأن الضرر حاصل وخاصة وان القاضي يؤجل التفريق سنة كاملة املا بالشفاء

عيوب تشارك العيوب الموجودة حين العقد في الضرر ولا موجب للتفرقة بينهما .

وفصل آخرون فقالوا يفسخ ولو حدثت هذه العيوب بعد العقد على أن لا يكون قد دخل بها أما لو دخل فلا خيار لها .

جاء في شرائع الاسلام[1] :

العيوب الحادثة للمرأة قبل العقد مبيحة للفسخ وما يتجدد بعد العقد والوطء لا يفسخ به ، وفي التجدد بعد العقد وقبل الدخول تردد : أظهره أنه لا يبيح الفسخ تمسكاً بمقتضى العقد السليم عن معارض .

عيوب المرأة [2] :

للزوج حق الخيار اذا وجد إمرأته معيبة بأحدى العيوب المنصوص عنها سواء أكانت حين العقد أو قبل العقد ولم يطلع عليها او لم يرض بها . أما العيب الطارىء في الزوجة بعد العقد ففيه ثلاثة أقوال :

١) لا خيار للزوج بالعيوب الطارئة بعد العقد على المشهور تمسكاً بإصالة اللزوم واستصحاباً لحكم العقد .

٢) وقيل يفسخ بالعيب الطارىء مطلقاً لعمومية النصوص التي جاءت بالفسخ .

٣) وقال بعضهم : يفسخ الزوج بعيب في امرأته ولو حدث بعد العقد اذا كان لم يدخل بها وذلك لما روى عن أبي عبد الله :

« يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والقرن ما لم يقع عليها فإذا وقع عليها فلا [3] .

ما يسقط الخيار :

إذا علم أحد الزوجين بعيب صاحبه ورضي به سقط حقه في الخيار ، والرضـــا

---

(١) شرائع الاسلام ٣١/٢

(٢) الروضة البهية ١٢٦/٢

(٣) التهذيب ٢٣٣/٢ الكافي ٣٠/٣ من لا يحضره الفقيه ص ٣١٢

قد يكون صريحاً ، وقد يكون ضمنياً ، كما لو جامع الزوج زوجته مثلا أو مكنته من نفسها فلا خيار لأحدهما .

جاء في الاستبصار[1] : ان كان علم بذلك قبل أن ينكحها ثم جامعها فقد رضي بها.

ويشترط الفسخ فور العلم به :

اذا علم السليم بعيب الآخر فله أن يطلب الفسخ فور علمه به فاذا تراخى في طلبه اعتبر سكوته رضاء وسقط حقه في الفسخ الا اذا كان العيب مختلفاً فيه فيحتاج الى حكم القاضي بالتفريق .

قال في جواهر الكلام[2] : وخيار الفسخ على الفور بلا خلاف أجده فيه ... فلو علم الرجل أو المرأة بالعيب فلم يبادر أحدهما بالفسخ لزم العقد .

وقال : ان العيب ان كان ظاهراً لا نزاع فيه بينهما وإن توقف ثبوته على المرافعة الى الحاكم فالفورية في المرافعة الى الحاكم فاذا ثبت اختار الفسخ فوراً .

لو رضي بعيب ثم اتسع :

لو رضي أحد الزوجين بعيب في صاحبه وكان يسيراً ثم اتسع هذا المرض ففي المذهب قولان : قيل لا خيار له لأنه رضي بأصل العيب والرضا يسقط حتى الخيار .

وقيل لا يسقط حقه وله الفسخ . فله الخيار .

جاء في جواهر الكلام [3] : ولو رضي ببرص مثلا ثم اتسع بعده في ذلك العضو ففي الخيار وعدمه وجهان : أقواهما العدم لأن الرضا بالشيء رضى بما يتولد منه ولأنه عيب واحد وقد حصل الرضا به .

وجاء في قواعد الاحكام[4] : ولو رضي ببرص سابق ثم اتسع في ذلك العضو فالأقرب

---

(١) الاستبصار ٢٤٩/٣

(٢) جواهر الكلام ١٧٦/٥

(٣) جواهر الكلام المصدر السابق .

(٤) قواعد الاحكام ٣٥/٢

ثبوت الخيار : ولو حصل في غيره ثبت الخيار قطعاً .

واذا أمكن علاج المرض فلا خيار :

جاء في الروضة البهية[1] : « واذا أمكن علاج المرض التتناسلي في المرأة فلا خيار الا اذا امتنعت المرأة عن المداواة[2] » .

لو تبين العيب بعد الطلاق :

قال في قواعد الاحكام[3] : « ولو طلق قبل الدخول ثم علم بالعيب بعد الطلاق لم يسقط عنه ما وجب بالطلاق » .

أي لا بطلان للفسخ بعد تمامه فلو طلقها قبل الدخول ودفع لها نصف المهر فلا حق له بالرجوع بما دفعه اذا تبين له أن زوجته المطلقة معيبة .

* * *

(١) الروضة البهية .

(٢) قواعد الاحكام ٣٤/٢

(٣) يقول الشيخ جواد مغنية من ائمة الجعفرية المعاصرين : ان اي مرض من الامراض المختصة او المشتركة بين الرجل والمرأة اذا امكن استئصاله وعولج ولم يترك العلاج اثراً مشوهاً ومعيباً فان وجوده يكون كعدمه ولا يوجب اي شيء لانه والحال هذه يكون كسائر الامراض العارضة التي لا يخلو واحد منها في الغالب .

شروط الخيار عند المالكية في العيوب والأمراض :

للمالكية تفصيل في شروط التفريق للعيوب لم أتعرض اليه ولكني سأشير الى مراجعه لمن أراد التوسع فيه وحسبي أن أقول أهم ما يجب معرفته في هذا الموضوع .

فرق المالكية في العيوب الحادثة بأحد الزوجين حين العقد عن الطارئة بعد العقـــد فقالوا : يحق لكل من الزوجين طلب التفريق لعيب في صاحبه وجده به قبل العقد أو أثناء العقد . أما العيب الطارىء بعد العقد فإن كان بالزوجة فليس للزوج حق الخيار بل مصيبة نزلت به فان شاء أمسك زوجه ، وإن شاء طلق ، والطلاق بيده ويستعمله متى شاء . أما اذا طرأ العيب بعد العقد في الزوج فللزوجة حق التفريق مع تفصيلات تختلف حسب نوع العيب المبتلى به الزوج .

الجذام والبرص :

قال الدسوقي [1] : ان العيوب المشتركة ، ان كانت قبل العقد كان لكل مـــن الزوجين رد صاحبه به ، وان وجدت بعد العقد كان للزوجة ان ترد به الزوج دون الزوج ، فليس له أن يرد الزوجة ، لأنه قادر على مفارقتها بالطلاق ان تضرر لأن الطلاق بيده بخلاف المرأة فلذا ثبت لها الخيار .

الجنون :

اذا حدث بأحد الزوجين قبل العقد فيثبت الخيار لكل منهما سواء كان قبل الدخول أو بعده .

---

(١) حاشية الدسوقي ٢/٣٢٥ يقصد هنا بالعيوب المشتركة : الجذام والبرص وقد فصل احكامها وشروط الفسخ بها وذلك ان يكون الجذام محققاً في الرجل فيحق لها الرد سواء كان قبل العقد او بعده أما الرجل فلا يحق له الرد به الا اذا كان قبل العقد والبرص كذلك ولا رد به الا أن يكون كثيراً فترد به المرأة دون الرجل لانه يملك الطلاق .

اما اذا حدث الجنون بعد العقد ففيه أربعة أقوال لدى المالكية[1] :

١) قول ابن القاسم وهو المعتمد : اذا حدث الجنون بعد العقد في الزوج فللزوجة حق الفسخ . أما اذا حدث للزوجة فلا يملك الزوج الفسخ لأنه يملك الطلاق .

٢) قول أبي الحسن ونسبه الى المدونه : يحق لكل من الزوجين طلب الفسخ اذا ما طرأ الجنون بأحدهما سواء كان قبل الدخول او بعده .

٣) المتيطي : ان حدث قبل البناء فلها الرد وإن حدث بعد البناء فلا رد لهما .

٤) أشهب : الجنون الطارىء على أحد الزوجين بعد الدخول لا يفسخ به مطلقاً .

والرأي الاول وإن كان هو المعتمد في المذهب ولكننا نرى أن الرأي الثاني هو الأوفق للمصلحة لأنه لا داعي للتفرقة بين جنون كل منهما طالما أن الضرر محقق به ، ولاختلاف آثار الطلاق عن آثار الفسخ .

العيوب الجنسية :

قال المواق[2] : وقال في العيوب الجنسية الموجودة في أحد الزوجين أثناء العقد ..

وان علمت في حين تزويجه أنه مجبوب أو خصي أو عنين ، لا يأتي النساء رأساً أو أخبرها بذلك فلا كلام لها ، وإن لم تعلم بذلك في العقد ثم علمت فتركته أو أمكنته من نفسها ، فلا كلام لامرأة الخصي والمجبوب أما العنين فلها أن ترافعه وتؤجل سنه لأنها تقول تركته لرجاء علاج او غيره والا أن تتزوجه وهي تعلم به .

أما العيوب المختصة بالمرأة فهي داء الفرج المانع من وطئها يوجب للزوج الخيار إن شاء أقام واستمتع وان شاء طلق ولا شيء عليه .

وقال الحطاب[3] : لا يسقط خيارها في الجب والخصاء الا بعد الدخول .

---

(١) حاشية الدسوقي ٢/٣٢٧
(٢) شرح التاج والاكليل على هامش مواهب الجليل ٣/٤٨٥
(١) مواهب الجليل ٣/٤٨٦

وقال في البهجة[1] : وأما الاعتراض[2] : سبق الاصابة ولو ترد فلا خيار لها وذلك مصيبة بها .

هل للمريض طلب التفريق :

ان حق الخيار شرع في الاصل للسليم من الزوجين غير أنه قد يكون كل من الزوجين مريضاً فهل يحق للمريض هذا أن يطلب التفريق من صاحبه ؟ .. قالوا : اذا اختلف العيبان فلأحدهما الخيار . أما اذا كان الزوجان مريضين بمرض واحد فللزوجة حق التفريق دون الزوج .

جاء في البهجة[3] : وقال اللخمي : ان كلاً من الزوجين اذا أطلع على عيب لصاحبه مخالف لعيبه كجنونه وبرصها مثلا ، والعكس فلكل منهما الخيار ، وان كان موافقاً كبرصهما معا او جنونهما معا كان له الخيار دونها ، لانه بذل صداقاً لسالمه فوجد ما يكون صداقها دون ذلك[4] .

ما يسقط حق الخيار :

ان ما يسقط حق طلب التفريق بين الزوجين هو الرضا بعيب الاخر ما عدا مرض العنه فان مجرد العلم به لا يسقط حق الزوجة بالخيار .

والرضا بالعيب له دلالتان :

دلالة صريحة وهو أن يقول رضيت بعيب زوجي مثلا أو دلالة ضمنية كما لو اتصل الزوجان جنسياً أو تلذذا أحدهما بالاخر وعاشره معاشرة الازواج .

---

(١) البهجة شرح التحفة للتسولي ٣١٤/١

(٢) المصدر السابق ٣١٢/١

(٣) المصدر السابق ٣١٢/١

(٤) قال الدردير ٣٢٣/٢ : « الخيار ثابت للسليم أو لمن وجد في صاحبه عيباً ولو كان هو معيباً ايضاً فله القيام بحقه من الخيار » . والعبارة تحتاج الى تحرير لانها لم تفرق بين الرجل والمرأة ولا بين نوع العيب المشترك بين الزوجين وهل هو واحد أم كل منهما مبتلى بعيب يختلف عن عيب الآخر .

وكذلك ما جاء في حاشية العدوى ٧٤/٢ : ولو كان البرص والجذام بكل منهما فانه يثبت لكل واحد الخيار في صاحبه لانه يزيد ما بكل واحد بسبب الاجتماع .

قال الخرشي[1] : ان العيب الذي يوجد الخيار لاحد الزوجين على صاحبه يشترط فيه .

١) أن يكون موجودا عند العقد أو قبله فالطارىء بعده لا يوجب خياراً الا مـــا استثنى .

٢) وأن لا يكون أحد الزوجين عنده علم بعيب المعيب قبل العقد والا فلا خيار .

٣) أو يكون عنده علم به ولكن لم يرض به أو يكون عنده علم به ولكن لم يتلذذ من زوجه بشيء من مقدمات الجماع .

٤ ـ فان علم السليم بعيب المعيب ورضى به بالفعل او بالقول او تلذذ بعد علمه فلا خيار للسليم .

تداوي المريض :

قال الدسوقي[2] : والرتقاء اذا طلبت التداوي فانها تؤجل لذلك وليس للزوج منعها وعليه أن يصبر على علاجها والاجل هنا متروك للطب وأهل الخبرة .

هل للمريض حق الفسخ :

قال الحطاب[3] : « يثبت الخيار لكل من الزوجين ولو كان معيباً بنفس العيب أو غيره » .

وقيل : « لو كانا بمرضين مختلفين فلكل منهما الخيار وأما ان كانا بمرض واحد ففيه الخلاف والاصح ان لهما الخيار » .

* * *

(١) شرح الخرشي ٧٣/٣

(٢) حاشية الدسوقي ٣٣٢/٢

(٣) مواهب الجليل ٤٨٣/٣

شروط الخيار لدى الاباضية

وقال الاباضية اذا وجد أحد الزوجين بالاخر عيباً يوجب الرد فله حق الفسخ اذا كان العيب في المريض قبل العقد أو وجد بعد العقد . أما العيب الطارىء بعد الدخول ففي الفسخ به قولان .

ويسقط الخيار اذا علم السليم بعيب صاحبه ورضي به . ولو رضي بعيب ثم ازداد هذا العيب فلا خيار له . اما اذا تغير العيب كما لو أصيب المريض بمرض آخر فللسليم حق طلب التفريق .

واذا كان الزوجان مريضين سواء أكان المرض واحدا ام كان كل منهما مريضاً بمرض يختلف عن الاخر فلكل من الزوجين في هذه الحالة الحق في طلب الفسخ .

ويستمر حق السليم بالخيار ولو شفي صاحبه من مرضه بل ، انهم قالوا لو كان العيب قبل العقد وزال المرض ثم تزوجا وعلم الاخر بأن زوجه كان مريضاً قبل العقد فله حق الفسخ وعللوا ذلك بأن المرض وخاصة اذا كان من الامراض السارية كالجذام أو البرص أو الجنون فأنه سرعان ما يعود الى المريض ولهذا أعطوا الطرف الاخر حق الفسخ .

وقالوا : اذا طلقها ودفع لها مهرها ثم تبين له انها معيبة بعيب يجيز له الفسخ به فلا رجوع بالمهر .

جاء في شرح النيل[1] : وفي صحة الرد بالعيب بعد المس دون العلم قولان .

ومن رضي عيباً ثم علم بآخر بعده فله الرد به .

ومن رد معيباً بعيب ثم تزوجه فلا يرده بعد به . ولو ازداد ذلك العيب كازدياد الجنون والبرص .

---

(١) شرح النيل ٣/٢٤٤ – ٣٤٧

ويرد انسان معيب بعيبه وان بعد برئه أو تقادم عهده . ولو كان العيب قبل العقد وزال أيضاً ... وكذلك البرص والعنه والجذام و ... عيوب يكون الرد بها في الرجـــل والمرأة ولو زالت بالكلية قبل عقد النكاح .

وان تناكحا وبكل منهما عيب يرد به فلكل رد صاحبه سواء اتفق عليهما كبرص في كل واحد او اختلف كبرص في احدهما وجنون في آخر .

واذا طلقت معيبة قبل المس فأخذت نصف الفرض فاذا بها معيبة لم يلزمها الرد لأنه حين طلق لم يكن يعلم اذ علم به بعدما طلق .

* * *

شروط الخيار لدى الزيدية

قال الزيدية يثبت الفسخ بالعيوب اذا كان ذلك قبل الدخول سواء نشأ قبل العقد أو بعده فلكل من الزوجين أن يطالب بفسخ النكاح بأي عيب وجده بصاحبه يجيز له الفسخ ما دام قبل الدخول . أما بعد الدخول فلا خيار الا في عيوب ثلاثة : الجنون والجذام والبرص[1] .

مايسقط الخيار : ويسقط هذا الخيار بتمام الرضا والرضا كما جاء في التاج المذهب[2] يكون بحالات ثلاث :

١) ان يعقد او يجيز وهو عالم بعيبها ، وكذا اذا اذنت أو أجازت وهي عالمة بعيبه .

٢) أن لا يقع علم بالعيب قبل العقد كمن حين علم بالعيب قال : رضيت به .

٣) أن يطأها أو يخلو بها بعد العلم بعيبها وكذا اذا خلت بالمعيب .

الفورية في طلب التفريق :

ولا يشترط في الفسخ أن يطالب من له الحق به فور علمه به بل يصح على التراخي ما دام لم يقم دليل على الرضا به .

وقيل ان خيار العيب يجب أن يثبت على الفور لانه لا يحتاج الى تأمل ونظر .

هل للمريض من الزوجين طلب التفريق ؟

وحق الفسخ هو خاص بالسليم من الزوجين فلا يجوز للمريض أن يطالب بالفسخ الا

---

(١) البحر الزخار ٦٢/٣

(٢) التاج المذهب ٦٣/٢

اذا كان صاحبه مريضاً سواء بمرض واحد ام بمرضين مختلفين ، ففي هذه الحالة بالذات يحق لكل منهما الفسخ .

واذا رضي أحد الزوجين بعيب ثم ظهر آخر فله حق الفسخ لان الرضا بعيب معين ليس دليلا على الرضا بجميع العيوب .

جاء في المنتزع المختار[1] : الفسخ خاص بالسليم ولا يحق للمعيب طلب الفسخ من السليم ولورضي السليم .

اذا كانا معيبين ولو بعيبين مختلفين فيجوز لاحدهما طلب الفسخ .

وقال : اذا رضي بعيب ثم ظهر عيب آخر فله حق الفسخ .

* * *

(١) المنتزع المختار ٢/٢٩٣

شروط الخيار لدى الاحناف

أما الاحناف فقد أعطوا المرأة فقط حق الفسخ لعيب في زوجها يمنع من كمال الاتصال الجنسي وعددوا من هذه العيوب خمسة كما سبق ان ذكرنا[1] .

وقالوا : اذا تزوجت المرأة بعنين او خصي او كان به أي عيب يمنع من الجماع وهي تعلم ذلك فلا خيار لها بالفسخ لأنها اسقطت حقها برضاها به[2] .

أما اذا تزوجت وهي لا تعلم بعيبه ثم ظهر لها ذلك فلها أن تطلب التفريق من القاضي متى شاءت ولا يعتبر سكوتها رضا منها لان حق الفسخ ليس على الفور بل على التراخي[3] .

كما انهم قالوا اذا وطئها مرة واحدة سقط حقها في الخيار لان حق المرأة بالعقد ان يطأها مرة واحدة .

أما اذا كانت الزوجة معيبة بعيب جنسي يمنع الاتصال بزوجها فلا يحق لها أن تطلب الفسخ لانه لا ضرر عليها من زوجها ولو لم يصل اليها[4] .

وعلى هذا نلخص شروط الخيار عند الاحناف :

١) عدم الرضا فاذا رضيت سقط حقها .
٢) ألا تكون الزوجة معيبة جنسياً وإلا فلا حق لها بالتفريق اذ لا ضرر .
٣) ألا يكون الزوج قد وصل اليها ولا مرة واحدة .

جاء في البحر الرائق [5] : ولو وطئها مرة لا حق لها في المطالبة بسقوط حقها بالمرة قضاء وما زاد عليها فهو مستحق ديانة لا قضاء .

٤) أن تكون الزوجة بالغة ، فان كانت صغيرة ينتظر بلوغها لعلها ترضى بعيب زوجها .

٥) ولا يشترط أن تكون عاقلة ، فلولي المجنونة أن يطلب التفريق بحكم ولايته[6] .

---

(١) البدائع ٢/٢٣٥
(٢) فتح القدير ٤/٢٦٤
(٣) فتح القدير ٣/٢٦٥ .
(٤) الفتاوي الهندية ١/٥٢٦ .
(٥) البحر الرائق ٤/١٣٥ .
(٦) رد المحتار ٢/٩١٧

الفرع الرابـع

آثار الفرقة بالعيب

هل الفرقة بالعيب بين الزوجين طلاق بائن أم فسخ وهل يشترط أن يكون لدى القاضي ان كان فسخاً وأبى الزوج الطلاق ؟ ..

قال الاحناف والمالكية ـ: ان الفرقة طلاق بائن .

وقال الجمهور : ان الفرقة فسخ وليس بطلاق .

من قال ان الفرقة طلاق

الاحناف :

قال الاحناف اذا رفعت الزوجة أمرها الى القاضي بطلب التفريق وتوفرت شروط ذلك أمر القاضي الزوج بالتطليق فان أبى طلق القاضي نيابة عنه .

جاء في الهداية[1] : فان امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما . ولا بد من طلبها ، لان التفريق حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة ، لان فعل القاضي اضيف الى الزوج فكأنه طلقها بنفسه .

المالكية :

وذهب المالكية : الى أن الزوج اذا رفض الطلاق فللقاضي أن يطلق زوجته أو يأمرها بايقاع الطلاق . والفرقة في جميع الحالات طلاق بائن .

قال الدسوقي[٣] : يأمره الحاكم بالطلاق والا طلقها القاضي أو يأمرها به أي بايقاع الطلاق كطلقت نفسي منك أو ما في معناه . والطلاق بائن .

---

(١) الهداية ٣/٢٦٥ . وجاء في الفتاوى الخيرية ٤١٢/١ الفرقة للعيب في الجب والعنة طلاق بائن .

(٢) حاشية الدسوقي ٢/٣٣٠ وراجع مواهب الجليل ٣/٤٨٦ .

من قال ان الفرقة فسخ :

الشافعية والحنابلة :

قال الشافعية والحنابلة : ان الفسخ لا يكون الا عند القاضي لان الفرقة بالعيوب أمر مجتهد فيه .

جاء في تحفة المحتاج[1] : لا يجوز بدون حاكم لانه أمر مجتهد فيه فلو تراضيا بالفسخ بواحد منها من غير حاكم لم ينفذ .

وقال في المهذب[2] : ولا يجوز الفسخ الا عند الحاكم لانه مختلف فيه .

وجاء في المغنى [3] : الفرقة للعيب فسخ للنكاح . ...

وقال ابن قدامة : ويحتاج الفسخ الى حكم حاكم لانه مجتهد فيه .

وقال ابن تيمية في الاختيارات العلمية[4] : لا يحتاج الى فسخ الحاكم وعلل ذلك بأنه ليس كل أمر مختلف فيه يحتاج الى حاكم فخيار المعتقة مختلف فيه ويقع بـــدون حاكم .

الزيدية :

قال الزيدية ان الفسخ بين الزوجين يصح بدون حاكم الا اذا اختلفا فيرفع الأمر الى الحاكم[5] .

---

(١) تحفة المحتاج ٣٥٢/٧ .

(٢) المهذب ٥١/٢ .

(٣) المغني ٦٠٥/٧ و ٥٨٤/٧ – وقال في الانصاف وقال الشيخ تقي الدين ان جميع الفسوخ لا تتوقف على حكم حاكم ٢٠١/٨ .

(٤) الاختيارات **العلمية** ص ١٣١ .

(٥) وقال في الروض النضير : أن الفرقة بالعيب هي فسخ وهذا مذهب العترة جميعاً ٧٨/٤ .

جاء في التاج المذهب[1] : والفسخ يكون بالتراضي ان حصل العيب مع اتفاق المذهب أنه عيب يرد به النكاح .

أما اذا لم يقع تراض بين الزوجين بالفسخ أو اختلف المذهب بالعيب فالحاكم هو الذي يفسخ .

وقيل لا يحتاج الى حكم حاكم .

جاء في المنتزع المختار [2] : وقال الناصر والهادي والقاسم : أنه لا يحتاج الى حكم حاكم مطلقاً .

الجعفرية :

وكذلك فان الجعفرية لم يشترطوا حكم الحاكم في الفسخ ، بل يصح بالتراضي بين الزوجين على فسخ النكاح الا في العنه فيشترط الحاكم لضرب الاجل لا للفسخ [3] .

جاء في جواهر الكلام[4] : الفسخ بالعيب ليس بطلاق قطعاً لعدم اعتبار لفظ الطلاق فيه .

وقال في اللمعة [5] : ولا يشترط فيه الحاكم .

وقال في قواعد الاحكام[6] : أما في العنة فيفتقر اليه لا في الفسخ بل في ضرب الاجل وتستقل المرأة بعده عليه .

---

(١) التاج المذهب ٦٣/٢ .

(٢) المنتزع المختار ٢٩٣/٢ .

(٣) راجع في هذا البحث الاستبصار حيث جاء فيه حديث طويل قال فيه : وترد على اهلها من غير طلاق . ٢٤٧/٣ – وراجع ايضاً التهذيب ٢٣١/٢ والكافي ٢٩/٢ والمختصر النافع ٢١ .

(٤) جواهر الكلام ١٧٦ .

(٥) اللمعة الدمشقية ١٢٦/٢

(٦) قواعد الاحكام ٣٣/٧ .

وقال في العروة الوثقى [1] : الفرقة للعيب فسخ .

وفي شرائع الاسلام [2] يجوز للرجل الفسخ من دون اذن الحاكم ، وكذا المرأة، نعم مع ثبوت العنة يفتقر الى الحاكم لضرب الأجل ، ولها التفرد بالفسخ عند انقضائه وتعذر الوطء .

وقال الاباضية في شرح النيل[3] والرد بالعيب فرقة لا طلاق .

* * *

(١) العروة الوثقى ٧٥٢ .
(٢) شرائع الاسلام ٣١/٢ .
(٣) شرح النيل ٢٤٩/٣ .

المبحث الثاني

التفريق للعيوب والامراض في قوانين البلاد العربية

الفرع الاول

نصوص القوانين

التقريب للعيوب والامراض في قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية : نصت جميع قوانين البلاد العربية على التفريق بين الزوجين للعيوب والامراض ، ولكن معظمها قصرت هذا الحق على الزوجة دون الزوج باعتباره يملك حق الطلاق كما اختلفت بعض القوانين عن بعضها الآخر في تعداد العيوب كما سوف نرى من ذكر موادها التالية :

لبنان :

م ١١٩ : اذا اطلعت المرأة السالمة من عيوب المقاربة ان زوجها مصاب بعلة من تلك العلل فلها أن تراجع الحاكم وتطلب الفراق . أما المرأة المبتلاة باحدى العيوب المذكورة فلا يجاب طلبها وليس للزوجة التي قاربها الزوج حق الخيار بسبب عيب من هذا القبيل .

م ١٢٠ : اذا اطلعت الزوجة قبل النكاح على عيب الزوج ما عدا العنه او رضيت بعد النكاح بأي عيب كان يسقط حق خيارها انما لا يسقط الاطلاع على العنة قبل النكاح حق الخيار .

م ١٢١ : اذا راجعت الزوجة الحاكم حسب المواد السابقة ينظر فان كانت العلة

غير قابلة للزوال فالحاكم يفرق بينهما بالحال وان كانت قابلة للزوال فالحاكم يمهل الزوجة مدة سنة اعتباراً من زمن الحادثة او من وقت افاقته ان كان مريضاً ..

م ١٢٢: اذا اطلعت الزوجة بعد النكاح أن الزوج مبتل بعلة لا يمكن الاقامة بها معه سوية للإضرار كالجذام والبرص وعلة الزهري ، او حدثت به اخيرا هكذا علة فلها ان تراجع الحاكم وتطلب التفريق والحاكم يرى ان كان يوجد أمل بزوال العلة يؤجل التفريق سنة واحدة واذا لم تزل بظرف هذه المدة ولم يرض الزوج بالطلاق واصرت الزوجة ايضاً على طلبها يحكم الحاكم بالتفريق .

ووجود احد العيوب في الزوج كالعمى والعرج لا يوجب التفريق .

م١٢٣: اذا جن الزوج بعد عقد النكاح وراجعت الزوجة وطلبت التفريق فالحاكم يؤجل التفريق سنة ، واذا لم يزل الجنون بظرف هذه المدة وأصرت الزوجة يحكم بالتفريق

م ١٢٤: خيار الزوجة في الظروف التي لها الخيار ليس من الضروري ان يكون على الفور فلها أن تؤخر الدعوى مدة ولها ان تتركها مدة بعد اقامتها .

م ١٣١: الحكم الصادر بالتفريق بموجب المواد السابقة يتضمن الطلاق البائن .

الاردن :

لا يختلف القانون الاردني عن القانون اللبناني في مواد التفريق للعيوب والامراض فقد نص في مواده ٨٣ – ٨٨ بما لا يختلف فيه عن المواد السابقة للقانون اللبناني .

تونس :

لا نص للتفريق بسبب العيوب او الامراض في قانون الاحوال الشخصية في تونس رغم ان اكثره من المذهب المالكي باعتبار ان جميع حالات التفريق مردها تقدير القاضي .

المغرب :

الفصل الرابع والخمسون : التطليق للعيب .

١) اذا وجدت الزوجة بزوجها عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه او يمكن بعد زمن يزيد على سنة ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص والسل فلها ان تطلب من القاضي تطليقها منه سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به . ويؤجله القاضي سنة فان برىء وإلا طلقها عليه .

٢) يستجاب لطلب المرأة التطليق بدون تأجيل في عيوب الفرج التي لا يرجى بروءها

٣) اذا تزوجته عالمة بالعيب بعد العقد ورضيت به صراحة او دلالة بعد علمها فليس لها طلب التطليق لأجله .

٤) اذا كان بالزوجة عيب كالجنون والجذام والبرص والسل وداء الفرج المانع من الوطء او لذته وعلم الزوج به قبل الدخول فله الخيار . ان شاء طلق ولا شيء عليه وان شاء دخل ولزمه الصداق كاملا . فان لم يعلم الا بعد الدخول أبقى عليها ان شاء ، وان شاء ردها ، واسترد ما زاد على اقل المهر عرفاً منها ان كانت هي التي غرته ، وان كان الغارو ليها رجع عليه بما دفعه .

٥) يستعان باهل الخبرة من الاطباء في معرفة العيب .

الفصل الخامس والخمسون : الطلاق الذي يوقعه القاضي لعلة من العلل المذكورة في الفصل السابق طلاق بائن .

العراق :

م ٤٤ : ١) اذا وجدت الزوجة زوجها عنيناً او مبتلى بما يمنع البناء بها فلها ان تطالب الى المحكمة التفريق .

٢) اذا اطلعت الزوجة بعد العقد ان الزوج مبتلى بعلة لا يمكن معها معاشرته بلا ضرر كالجذام والبرص والسل والزهري والجنون او أصيب اخيراً بعلة من هذه العلل فلها ان تراجع المحكمة وتطلب التفريق .

٣) اذا وجدت المحكمة بعد الكشف الطبي ان العلة المذكورة في الفقرتين ١ و٢

من هذه المادة يؤمل زوالها فتؤجل التفريق حتى زوال العلة ، وللزوجة ان تمتنع عن الاجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل .

٤) اذا وجدت المحكمة ان العلة لا يؤمل زوالها وامتنع الزوج عن الطلاق واصرت الزوجة على طلبها فيحكم القاضي بالتفريق .

سورية :

المادة ١٠٥ : للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها في الحالتين التاليتين :

١) اذا كان فيه احدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها هي منه .

٢) اذا جن الزوج بعد العقد .

المادة ١٠٦ : ف ١) يسقط حق المرأة في طلب التفريق بسبب العلل المبينة في المادة السابقة اذا علمت بها قبل العقد او رضيت بها بعده .

٣) على ان حق التفريق بسبب العنه لا يسقط بحال .

المادة ١٠٧ : اذا كانت العلل المذكورة في المادة غير قابلة للزوال يفرق القاضي بين الزوجين في الحال واذا كان زواجها ممكناً يؤجل الدعوى مدة مناسبة لا تتجاوز السنة فاذا لم تزل العلة يفرق بينهما .

المادة ١٠٨ : التفريق للعلة طلاق بائن .

مصر :

مادة ٩ : للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها اذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه او يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه الا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كـــان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به ام حدث بعد العقد ولم ترض به . فان تزوجته عالمة بالعيب او حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة او دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق .

مادة ١٠ : الفرقة بالعيب طلاق بائن .

مادة ١٦ : يستعان باهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها

السودان :

المنشور الشرعي نمرة ٢٨ الصادر بتاريخ ١٤ شعبان سنة ١٣٤٥ موافق ١٦ فبراير سنة ١٩٢٧ .

المادة ٢ : تسمع المحاكم الدعوى بطلب الزوجة الفرقة من زوجها لعيب او مرض مستحكم لا يرجى بروءه منه او يرجى بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام منه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص والسل سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به المرأة او حدث بعد العقد ولم ترض به .

فان تزوجته عالمة بالعيب او حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة او دلالة بعد علمها به فلا يجوز التفرقة . والفرقة التي يحكم بها القاضي بناء على هذا طلاق بائن .

* * *

الفـرع الثاني

نظرات سريعة في مواد التفريق للعلل والامراض في القوانين العربيــة

١) لم تجعل اكثر القوانين العربية حق التفريق للعلل والأمراض حقاً مشتركــاً بين الزوجين بل منحته للزوجه دون الزوج . وهذا مما انفرد به المذهب الحنفي من المذاهب التي أجازت التفريق للعيوب .

إلا أننا نرى أنه لا مبرر للتفرقة بين عيوب الرجل وعيوب المرأة فلكل من الزوجين إذا وجد بصاحبه عيباً كان له أن يطلب التفريق من القاضي اذا توافرت شروط ذلك . ولا يرد على هذا أن المرأة تتضرر بسمعتها إذا ما طلقت لعيب فيها فان سمعة الرجل ايضاً لا تقل عن سمعة المرأة وليس في الامر فضيحة ولا كشف أسرار فالغالب من هذه العيوب امراض قد تحل بالصغير والكبير ولا يد للإنسان فيها

وهذا ما انفرد به القانون المغربي حيث اعطى حق طلب التفريق للعيوب او الأمراض لكل من الزوجين . وهذا وفق المذاهب الثلاثة الحنابلة والمالكية والشافعية .

٢) ان بعض القوانين كالسوري قصرت التفريق على العيوب الجنسية والجنون ولم تذكر بقية العيوب كالأمراض السارية او المنفِّرة ، وهذا في رأينا لا محل له لأنه كما يتضرر المرء من عيب يمنع الاتصال الجنسي قد يتضرر من مرض معد او تنفر منه النفس .

ان حصر العيوب بعدد معين لا مبرر له بل يجب أن ينص على مبادىء عامة في العلل والأمراض فكل مرض معد او منفر او مخوف او يمنع الاتصال الجنسي يحق للطرف الآخر ان يطلب التفريق لأجله .

٣) نصت بعض القوانين على أن أهل الخبرة يقدرون المرض ان كـــان يرجى منه الشفاء فيؤجل القاضي التفريق والا فرق في الحال .

وفي رأينا انه يجب الرجوع دائماً الى رأي الاطباء في معرفة الأمراض ودرجة خطورتها ومدة شفائها حتى في القوانين التي لم تنص على ذلك ، ولا يجوز الرجوع الى المصادرالفقهية في هذا الموضوع لاثبات الأمراض بوسائل عرفت في عصر تدوين تلك الكتب ، ولا عيب فيها الا أننا في عصر أصبح فيه الطب هو المعول عليه في معرفة الأمراض وتقدير درجة خطورتها .

وقد نص الفقهاء كثيراً في وجوب الرجوع الى أهل الخبرة في مثل هذه الأمور.

٤) ان بعض القوانين كاللبناني والسوري اشترط على الزوجة اذا ما طلبت التفريق لعيب في زوجها ان تكون سليمة من الأمراض التي تحول دون الاتصال الجنسي .

وشرط السلامة من العيوب لمن يطالب بالتفريق شرط معقول بالنسبة للعيوب الجنسية فقط وهذا مأخوذ من المذهب الحنفي لأن الأصل عندهم ان لا تفريق بغيرها

أما اذا كان هناك عيب غير جنسي بأحد الزوجين وكان طالب التفريق مريضاً بمرض آخر يبيح له التفريق ففي راينا لا مانع من التفريق لأن الانسان قد يعاف من غيره ما لا يعاف من نفسه .

٥) وقد فرقت معظم القوانين بين العيوب غير الجنسية فأجازت التفريق بسببها سواء أكان ذلك قبل الدخول ، أم بعد الدخول ، اما في العيوب الجنسية في الرجل . فلم تجز ذلك إلا قبل الدخول ، فإذا تم الدخول سقط حق الزوجة في طلب التفريق.

وهذا في راينا وان أجمع عليه الفقهاء فهو محل نظر فإن مناط التفريق في جميع تلك العيوب والأمراض هو الضرر واي ضرر أشد من أن تعيش المرأة مع زوج عنين طيلة حياتها لا يصل اليها وكل ذنبها أنه وصل اليها في العمر مرة .

ومما يزيد الأمر غرابة ان جميع القوانين اعتبرت غياب الزوج عن زوجته سنة واحدة دون مبرر سبباً كافياً لطلب التفريق ، وان فقهاءنا قالوا ان المراة لا تستطيع الصبر عن زوجها اكثر من ستة أشهر في العرف والعادة إلا بالمشقة والضرر فكيف لا يجيزون

التفريق بين الزوج وزوجته اذا اتصل بها مرة واحدة ثم اصيب بالعنة ؟ ...

ومن الجدير بالذكر ان القانون السوري انفرد عن سائر القوانين بالنص صراحة على ان طلب التفريق للعنة لا يسقط بحال ، وحسناً ما فعل .

من أين استمدت القوانين العربية مواد التفريق للعيوب ؟ ...

يذهب شراح القانون الى ان المصدر لهذه المواد هو المذهب المالكي الذي أخذ منه المشرع في معظم القوانين العربية مواد التفريق لدى القاضي سواء في الشقاق والضرر ام في العيوب ظناً منهم ان الامام محمداً حدد العيوب غير الجنسية بثلاثة فقط وهي الجنون والجذام والبرص .

ولكني بعد ان حققت مذهب محمد في التفريق للعيوب في انه لم يحصرها بعدد معين بل كل مـــا ينفر منه المرء او كان مرضاً معدياً فللزوجـــة ان تطلب التفريق ، **استطيع ان اخالف جميع شراح القانون فأقول ان مصدر هذه المواد هو مذهب الامام محمد الحنفي** [1] .

ومما يؤيد وجهة نظري في هذا ثلاثة أمور : —

١ — ان القوانين العربية المشار اليها اعتبرت التفريق للعيوب طلاقاً بائناً وهو من المذهب الحنفي خلافاً للحنابلة والشافعية .

٢ — انها اعطت الحق للزوجة دون الزوج حسب المذهب الحنفي بينما في بقية المذاهب هو حق للزوجين .

٣ — ان مذهب محمد هو الوحيد بين المذاهب الذي لم يحصر العيوب في الرجل بينما بقية المذاهب وان توسعت في تعداد العيوب ولكنها ذكرت على ان هذا التعداد على سبيل الحصر .

وينبنى على هذا الخلاف أمر هام وهو في الرجوع الى أي المذاهب في حال نقص

---

(١) هذا ما عدا القانون المغربي حيث نص صراحة على اعطاء حق التفريق بسبب العيوب لكل من الزوجين وهذا مأخوذ عن مذهب مالك .

المواد في حادثة معينة لم يأت بها القانون . ولهذا فاني أرى في حال وجود نقص في مواد التفريق للعيوب في القوانين التي حصرت هذا الحق ومنحته للزوجة دون الزوج فيجب الرجوع فيه الى المذهب الحنفي .

وهذا لا يتنافى مع مارجحناه من أنه لامبرر للتفرقة بين الزوج والزوجة في التفريق ولا يتنافى مع ما سنقترحه من مواد في هذا الموضوع لأنه طالما نفسر القوانين في نصوصها الحالية فلا مناص من الرجوع الى مصادرها الاصلية .

هذه نظرات سريعة في قوانين البلاد العربية وسوف نستعرض التطبيق العملي في كل من الجمهورية العربية المتحدة والجمهورية العربية السورية لنرى ما ذهب اليه الاجتهاد القضائي وما وضع من مبادىء فالاجتهاد دائماً طليعة التشريع في كل العصور

* * *

الفــرع الثالث

الاجتهادات القضائية

عدم حصر العيوب . اثبات المرض بمعرفة اهل الخبرة :

جاء في حكم لمحكمة بورسعيد [1] : تقبل الدعوى من الزوجة باصابة زوجها بمرض الزهري ، او اي مرض معد يخشى من بقائها معه الضررحتى اذا ثبت ذلك فرق القاضي بينهما . ولا عبرة بحصر الفقهاء للعيوب المسببة لفسخ النكاح متى قرر اهل الخبرة عدوى المرض .

إذا طال علاج المريض يتعين التطليق . إذا ما طلبت الزوجة ذلك .

جاء في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية [2] .

اذا قرر الطبيب الشرعي ان الزوج لا يزال مريضاً بمرض عقلي من طبيعته احتمال تكرار النوبات وتطرأ عليه عقب كل نوبة تغيرات مرضية نفسية مع اطراد في ضعف ارادته ونقص ادراكه وانحطاط عقليته ، وان هذا المرض من الجائز شفاؤه في بعض الاحوال الا ان علاجه قد يطول . مما يعرض بقاء الزوجة معه للضرر فانه يتعين التطليق

هل يعتبر السكوت عن العيب رضا يسقط حق التفريق :

جاء في حكم لمحكمة طلخا الشرعية [3] :

« لا يجاب طلب الزوجة التفريق بينها وبين زوجها لجنونه متى ثبت علمها بذلك ورضاؤها بمعاشرته وهو على هذه الحالة .

---

(١) محكمة بور سعيد الشرعية ٥ ذي الحجة ١٣٥٠ في ١١ ابريل ١٩٣٢ مجلة المحاماة الشرعية ص ٩٠٤ س ٥ ع ٩

(٢) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩/١٠/١٩٥٧ مجموعة صالح حنفي ج ٢ ص ٢١٥

(٣) محكمة طلخا الشرعية ٣ صفر ١٣٥٣ في ١٦ مايو ١٩٣٤ المحاماة الشرعية ص ٦ ع ٦ ص ٧٨٥

ونحن لا نوافق على ما جاء في هذا الحكم لان سكوت المرأة وهي تأمل شفاء زوجها يجب الا يكون عقوبة لها تسقط حقها في طلب التفريق والا اسرعت الزوجات الى طلب التفريق اثر كل مرض اصيب به الزوج خشية ان يسقط حقها في التفريق اذا ما طال صبرها على مرض زوجها .

وقد صدر حديثاً عن محكمة الاسكندرية الابتدائية [١] حكماً يؤيد ما ذهبنااليه :

« فعدول المدعية عن رفع دعوى التطليق لاصابة الزوج بالجنون مدة عامين لا يعتبر رضاً منها بالعيب الذي اصاب زوجها اذ انها كما قالت في عريضة دعواها كانت تأمل شفاءه وترجوبرأه ليعود اليها ويستأنفا حياتهما الزوجية وليس الرجاء والامل في الشفاء من المرض رضاء به . هذا فضلا عن أن التعجيل برفع الدعوى عقب المرض مباشرة يتنافى مع ما يجب ان تتحلى به الزوجة الصالحة وفاء واخلاصاً للزوج » .

اذا سرى مرض الزوج الى الزوجة كان موجباً للتفريق .

جاء في حكم لمحكمة شبين الكوم الابتدائية الشرعية [٢] : اصابة الزوجة بالمرض نتيجة لمرض تناسلي عند الزوج موجب للتفريق بينهما .

التفريق للعيوب الجنسية :

جاء في حكم لمحكمة الاقصر الشرعية [٣] : « والتشريع الجديد لم يتعرض بشيء لطلب الحكم بالتفريق بالطلاق بسبب العنة بل ابقى الحكم فيه لمذهب الامام ابي حنيفة ، والنص صريح في ان الزوج اذا وطيء زوجته و لو مرة واحدة زال عنه وصف العنة ولم يبق لزوجته من حق في طلب التفريق بينها وبينه بسببها » .

---

(١) محكمة الاسكندرية الابتدائية ١٩٥٨/١/٤ رقم ٢٥٦ .

(٢) محكمة شبين الكوم الابتدائية الشرعية ٢٨ محرم ١٣٦٦ في ٢٢ ديسمبر ٩٤٦ المحاماة الشرعية . ص ١٤٢ س ١٨

(٣) محكمة الاقصر الشرعية ٤ رمضان ١٣٥٢ في ٢١ ديسمبر ١٩٣٣ المحاماة الشرعية ص ١٧١ س ٦ ع ١

وهذا الحكم من حيث انطباقه على القانون صحيح لا شك فيه .

ولكننا نرى انه ليس من العدالة أن تبقى امرأة زوجة لرجل لا يقاربها طيلة حياتها

ويرى البعض انه يمكن التطليق في هذه الحالة للضرر ، ولكن هذا الرأي يخالف ما نص عليه القانون فالقانون وضع مواداً للتفريق للضرر واجراءات خاصة بها كما وضع مواداً اخرى للتفريق للعلل والعيوب ولكل اجراءات .

فالتفريق للضرر يخضع فيه لنظام التحكيم ومحاولة الاصلاح بين الزوجين ، وهنا في العيوب لا محل لذلك اذ مناط الضرر تقرير الاطباء وأهل الخبرة .

وفي هذا المعنى ذهبت محكمة الاسكندرية في حكم لها [1] :

اذا كان الثابت من الدعوى ان المدعية مقرة باتصال زوجها بها اتصالاً جنسياً أعواماً طويلة أنجبت فيها منه فان الادعاء بالعنة حتى لو صح حديثها لا يكون سبباً للتطليق ولا محل للقياس على حالة الزوج الذي يهجر زوجته أكثر من سنة التي نص عليها القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ في المادة ١٢ سنة لان ذلك نص محدود صريح في الحالة التي ورد بشأنها ولا محل للتوسع فيه ولا اجتهاد مع النص .

وجاء فيه أيضاً : ان التطليق للضرر شرع في حالات الشقاق لسوء المعاشرة والهجر وما الى ذلك من كل ما يكون للزوج دخل فيه . أما المرض فهو عرض من الاعراض البشرية التي ليس للانسان دخل فيها .

ولهذا فاننا ندعو الى تعديل القانون المصري وبقية القوانين المماثلة وجعلها تتفق مع بقية مواده في التفريق للضرر فان زوجة العنين تتضرر من زوجها أكثر من أي ضرر آخر ولا نجد لرأي الفقهاء فيما ذهبوا اليه سندا أو دليلاً يمكن الاحتجاج به في هذا الموضوع .

يقول استاذنا الجليل الدكتور مصطفى السباعي في شرحه قانون الاحوال الشخصية

---

(١) محكمة الاسكندرية الابتدائية ١/٥/٩٥٨ صالح حنفي ٢٢٧/٢ وفي حكم لمحكمة نجع حمادى الشرعية ١٢ جمادى الاول ١٣٦٤ في ٢٤ ابريل ١٩٤٥ جاء فيه : ان التطليق للضرر لا يتناول التطليق للمرض .

السوري في هذا الموضوع[1] : « وهذا قول بعيد عن حكمة التشريع ومناف لسكن النفس وحصول المودة والرحمة التي أرادها الشارع بمشروعية الزواج ، ولانعلم لهذا الحكم سنداً من الكتاب والسنة بل في نصوص الكتاب والسنة ما يبطله » .

وفي حكم لمحكمة الاستئناف الشرعية الاردنية [2] .

اقرار الزوج بالعنة وأنه لا يرجى شفاؤه منها لا يكفي للحكم بالتفريق دون امهال ، لأن العنة من العلل القابلة للزوال ، وقد أعطت الشريعة الاسلامية صاحبها مهلة سنـــة قمرية .

المرجع في امكان تحقق زوال العلة أو عدم زوالها أهل الفن والخبرة كما تقضي بذلك المادة ٨٦ من قانون حقوق العائلة .

* * *

---

(١) شرح قانون الاحوال الشخصية السوري ص ١٦٨

(٢) مترجم الاستئناف ٣٠٨/ ١١٥٧٦ تاريخ الحكم ٢٥ تموز سنة ١٩٦١ .

الفــرع الرابع

المواد التي نقترحها لقانون الاحوال الشبخصية في التفريق للعلل والعيوب

م ١ : لكل من الزوجين أن يطلب التفريق من القاضي اذا ما وجد بصاحبه علـــة جنسية تمنع الاتصال أو مرضا معدياً أو منفراً أو مخوفاً .

م ٢ : التفريق للعلل التي جاءت في المادة السابقة حق ثابت لكل من الزوجين سواء كان قبل الدخول أم بعد الدخول .

م ٣ : يعتمد في وصف العلل على الاطباء فان كان يرجى شفاؤها خلال سنة لم يفرق بينهما والا فرق بناء على طلب أحدهما .

م ٤ : اذا أمكن ازالة العلة من المصاب بها بعملية جراحية سقط حق طلب التفريق اذا وافق المريض على ذلك .

م ٥ : التفريق للعلل فسخ وليس بطلاق .

* * *

المبحث الثالث

التفريق للعيوب والامراض لدى اليهودية والمسيحية

الفرع الاول

التفريق للعيوب لدى اليهود

طائفة الربانيين

اجاز اليهود التفريق للعلل والعيوب بين الزوجين سواء وجد بالزوج أم بالزوجة فهو حق مشترك يعطى لكل من الزوجين اذا ما أصاب صاحبه مرض أو علة ذكرها القانون الحق في طلب التفريق .

وقد يبدو من المعقول والمنطقي أن تطلب المرأة التفريق اذا ما وجدت بزوجها علة أو مرضاً أما الزوج فقد يبدو من الغريب أن يعطى له مثل هذا الحق وهو يملك الطلاق بارادته المنفردة . ولكن من تأمل جيدا وجد ان لا غرابة طالما ان الحق المشترك بين الزوجين من أهم آثاره سقوط بعض الحقوق المالية عن كاهل الزوج اذا ما وجد بزوجته بعض العيوب وفي بعضها الآخر تنال حقوقها كاملة .

وقد توسع اليهود في ذكر العيوب . والسبب في رأينا أنهم يتطلبون من الزوج ان يكون طلاقه لمسوغ شرعي ومن المسوغات الشرعية : العيب بالزوجة .

ومن الجدير بالذكر ان نقول ان حق التفريق هذا يسقط اذا ما اطلع من له الحق على عيب صاحبه أو رضي به سواء بمعاشرته أو بسكوته عن طلب الطلاق .

اولا ـ عيوب الزوجة

١) ظهور دم الحيض ثلاث مرات : اذا ظهر دم الحيض ثلاث مرات في الزوجة أثر الزواج وجب على الزوج تطليق زوجته .

جاء في المادة ١٥٥ : اذا تكرر ثلاث مرات متواليات عقب الزواج ظهور دم الحيض في الزوجة حين اختلاء الرجل بها حرمت عليه ووجب عليه تطليقها وليس عليه الاما دخلت به ولا يجوز عقده عليها ثانية [١] .

ويبدو لي ان سبب التفريق بهذه المادة يعود الى ان محل العقد وهو المتعة الجنسية غير صالح لكمال الاستمتاع ، لا للعقم لان له مادة خاصة به .

٢) اذا كانت مريضة بمرض جنسي :اذا كانت الزوجة مصابة بمرض جنسي يحول دون المعاشرة الجنسية بحيث لا تليق للرجال كان للزوج أن يطلقها بدون التزامات مالية واذا عارضت الزوجة بذلك او نفت ما نسبه اليها عرضت على الاطباء .

جاء في المادة ١٥٨ : اذا ظهر ان المرأة معيبة بحيث لا تليق للرجال فليس لها عند الطلاق الا ما دخلت . فاذا هي ادعت اللياقة ، فحصت شرعا وبقيت بلا نفقة حتى يتم الفحص .

٣) كل ما كان منفراً يعد عيباً : لا حصر للعيوب في الزوجة في الشرع اليهودي وكما قلنا ان سبب ذكر هذه العيوب لتبرير الطلاق لانه لا بد ان يكون لمسوغ مشروع ، ولهذا توسعوا في تعداد العيوب بحيث نستطيع أن نجزم ان ما جاء في تعدادها جاء على سبيل المثال لا الحصر .

قالت المادة ١٦٠ كل زيادة أو نقص أو تلف أو فساد أو أي رائحة كريهة في المرأة هو عيب شرعي .

---

(١) الاحوال الشخصية للاسرائيليين .

٤) اذا علم بالعيب فلا حق له بالتفريق لذلك : ان مجرد علم الزوج بعيب زوجته يسقط حقه في طلب التفريق لهذا السبب ويعتبر سكوته رضا ، والفرق بين علمه بالعيب وعدم علمه وهو في الحالين يملك الطلاق ، هو من حيث الالتزامات المالية التي تترتب على كل حالة منهما .

م ١٥٩ : اذا ظهر بالزوجة عيب شرعي لم يكن يعلم به الرجل فليس لها عند الطلاق الا ما دخلت به بكراً كانت أو ثيبا .

م ١٦١ : اذا كان العيب غير خفي أو علم به الرجل وسكت عد راضيا به فاذا رغب في الطلاق مع ذلك لزمته حقوق زوجته جميعها .

م ١٦٣ : لا تقبل جهالة الرجل بالعيب مهما كان خفيا اذا دخل على المرأة ولم يتكلم .

التطليق لعقم الزوجة :

اعتبر الشرع اليهودي عقم الزوجة البكر عشر سنوات لم تنجب فيها عيباً موجباً للتفريق . أما الثيب فيكفي لاعتبار العقم عيباً فيها مضي خمس سنوات .

جاء في م ١٤١ : ليس للرجل ان يطلق زوجته لعلة العقم اذا لم يمض لها عشر سنين لم ترزق فيها واذا كانت غير بكر فخمسة .

٦ ــ لا تفريق لجنون الزوجة :

جنون الزوجة ان كان اثناء العقد كان باطلاً ، لأنه لا يجوز عقد من لا ارادة ولا رضاء له . أما اذا اصيبت الزوجة بعد الزواج فيجب على الزوج علاجها .

م ٤٧ : الجنون المطبق في أحد الاثنين مانع من الزواج والا كان باطلاً .

م ١٣٢ : اذا جنت المرأة فلا يمنع هذا من الانفاق عليها وعلى الرجل أن يعالجها ، واذا شاء التزوج باخرى جاز للسلطة الشرعية اجابة طلبه .

ثانيا ـ عيوب الزوج :

اذا اصيب الزوج بمرض معد وجب عليه الطلاق :

يشترط في المرض أن يكون معديا وفي هذه الحالة لا خيار للزوج في الابقاء على الحياة الزوجية حتى ولو رضيت الزوجة بل يجب التفريق بينهما .

جاء في المادة ٢٠٣ : اذا طرأ على الرجل بعد الزواج عيب او عاهة فلا يسوغ هذا للمرأة طلب طلاقه .

وجاء في المادة ٢٠٤ : اذا كان الطارىء برصاً أو مرضاً معدياً كلف الرجل بالطلاق وللشرع أن يأمر ولو أبت الزوجة ما لم تتعهد شرعاً أنها لا تختلي به .

والصرع ايضاً من الامراض الموجبة للتفريق :

اذا أصيب أحد الزوجين بالصرع وجب التفريق مع احتفاظ الزوجة بحقوقها .

جاء في المادة ٢٠٥ : اذا كان المرض صرعاً في أحد الاثنين وجب الطلاق ولا تسقط حقوق الزوجية .

والرائحة الكريهة تعتبر عيباً :

ومما نستطيع ان نؤيد قولنا بأن العيوب غير محصورة في الرجل أيضاً انهم اعتبروا مجرد الرائحة الكريهة عيباً يوجب التفريق ولا شك أنه يقاس على هذا ما هو أشد منه ولو لم ينص عليه .

جاء في المادة ٢٠٦ : اذا كان بالرجل رائحة كريهة في أنفه أو فمه أو لأنه اشتغل دباغا وما أشبه جاز اجابة طلب زوجته بالطلاق .

علم الزوجة يسقط حقها :

أما اذا علمت الزوجة بعيب زوجها سقط حقها في طلب التفريق .

جاء في المادة ٢٠٧ : اذا علمت الزوجة بالرائحة او الحرفة ورضيت فليس لها طلب الطلاق .

عقم الزوج :

اذا كان الزوج عقيما وتحققت الزوجة من ذلك كان هذا سبباً موجباً لطلب التفريق . ولها حقوقها الزوجية كاملة .

جاء في المادة ٢١٣ : اذا كان عقم الزوج محققاً وجب عليه الطلاق وللزوجة مهرها وما دخلت به بلا حرمان .

العيوب الجنسية :

أما العيوب الجنسية في الرجل فاذا كانت حين العقد كان العقد باطلا لأنه يحرم التزوج من مريض يحول دون الاتصال الجنسي .

أما اذا أصيب بعد الزواج فيجب أن يمضي عشر سنوات ان كانت بكراً وخمساً ان كانت ثيباً .

جاء في المادة ٤٥ : يحرم التزوج بمن كان مرضوض الخصيتين او مخصيهما كلتيهما أو احداهما او مجبوب الاحليل .

م ٢١٠ : اذا كان الرجل عنينا او عقيم الماء وكانت الزوجة في عوز الى غلام جاز لها طلب الطلاق .

م ٢١١ : يجب أن يكون مضى عشر سنين او خمسة حسب نص المادة ١٦٤ [1] .

ويلاحظ ان الفرق بين عقم الزوجة وعقم الزوج : ان الزوج ليس له أن يطلق زوجته ان كانت عقيمة قبل عشر سنين ان كانت بكراً وان كانت ثيباً فلا يجوز طلاقها

---

(١) نص المادة ١٦٤ : عقم الزوجة عشر سنين او خمساً اذا كانت ثيباً يوجب على الرجل شرعاً ان يطلقها ولها مالها من الحقوق في العقد .

قبل خمس سنوات أما عقم الزوج فيختلف ان كان عقمه محققاً فيجب عليه الطلاق دون مراعاة للزمن .

أما اذا لم يتحقق عقمه وكانت الزوجة بحاجة الى غلام جاز لها طلب الطلاق مع مراعاة المدد الزمنية التي حددها القانون بالنسبة لعقمها .

اذا رجي شفاء المريض فلا تفريق :

اذا أصيب الزوج بمرض من الامراض المعدية فعلى الزوجة أن تصبر ستة اشهر فان رجي شفاؤه فلا تفريق والا وجب الطلاق .

نصت المادة ١٢٧ : اذا منع الرجل مرض صبرت امرأته ستة أشهر فاذا لم يشف جاز لها طلب طلاقها ولها مؤجل الصداق .

م ١٢٨ : اذا كان المرض يرجى شفاؤه فللسلطة الشرعية مد المهلة .

* * *

تشدد القراءون في التطليق فاشترطوا ان يكون لمسوغ شرعي يقدره القاضي .

اولا ـ عيوب الزوجة :

واعتبروا العيب من المسوغات الشرعية بحيث لا يقع الطلاق بدونه بعكس الربانيين الذين وان اشترطوا المسوغ الشرعي ولكن لم يرتبوا البطلان على عدم وجوده بل الاثم الدياني وسقوط بعض الحقوق المالية .

أقسام العيوب :

ووصف القراءون العيب بأنه مما لا يحتمل ، وقسموه الى قسمين :

١) القسم الاول : من العيوب ما كان ماساً بالدين فكل استهتار او تقصير من الزوجة بأمر من الامور الدينية يحل لزوجها ان يطلقها لأجله .

٢) القسم الثاني : من العيوب ما كان في الخُلُقْ او الخَلْق وقد توسعوا في هذا القسم حتى اعتبروا قصر النظر في العينين عيبا يجيز التطليق .

وفي الطلاق للعيوب تسقط حقوق الزوجة المالية سوى ما كان لديها من جهاز وما في حوزتها .

تقدير القاضي

وتقدير العيوب بأنها غير محتملة يعود للقاضي فهو الذي يقرر أن العيب يمكن للزوج الصبر عليه أم لا يمكنه ذلك .

العلم بالعيب :

ولا يسقط حق الزوج بالطلاق اذا علم بالعيب ويجوز أن يطلق ويدفع المؤجل كاملا . اما اذا لم يكن يعلم بالعيب فلا يدفع المؤجل . هذا اذا كان العيب حين عقد الزواج .

العيب الطارىء :

أما العيب الطارىء فان كان العيب مرضيا فالمؤجل واجب أما ان كان خلقياً فلا يجب .

نفقة علاج الزوجة على زوجها :

وكذلك أوجبوا علاج الزوجة على زوجها حتى تبرأ من مرضها وان ازمن المرض .

جاء في شعار الخضر[1] : وأوجب عليه أهل الشرع علاجها اذا مرضت حتى تشفى واذا ازمن المرض واستوجب كثرة الانفاق فله أن يعطيها مما لها عنده من الحقوق وتنفق منها ولكنه مكروه .

* * *

(١) شعار الخضر ص ١١٤

ثانيا ـ عيوب الزوج :

ولا فرق في العيوب المجيزة للتفريق بين الرجل والمرأة ، فللزوجة أيضاً ان تطلب الطلاق لعيب في الزوج .

جاء في شعار الخضر[1] : واذا أعطى المسوغ للرجل حق الطلاق فهو يعطيه أيضاً المرأة فتطلب طلاقها منه شرعاً كما يطلب فكما تطلق المرأة مختارة ومكرهة يطلق الرجل كذلك مختاراً او مكرهاً . وان أبى الزوج الطلاق فالقاضي يطلق عليه ويفرق بين الزوجين .

وقال في شعار الخضر أيضاً[2] : وللشرع نهي الرجل عن الاعراض واذا طلبت الطلاق الزموه به وكذلك اذا كان عنيناً أو مريضاً ومنعه المرض عنها ستة أشهر .

كما ان طائفة القرائين أجازوا التفريق للجنون خلافاً لطائفة الربانيين .

ويتحقق العيب او المرض سواء أكان خلقياً او نشأ عن عاهة مستديمة او طارئة او كان بفعل انسان او حيوان او شيء من الأشياء[3] .

* * *

---

(١) شعار الخضر ص ١٢٨ .

(٢) المصدر السابق ص ١١٣

(٣) الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين للدكتور احمد سلامه ج ٢ ص ٢٢٩ .

المقارنة في التفريق للعيوب والامراض

بين الشريعة الاسلامية والشريعة اليهودية

اوجه الاتفاق :

أنه حق مشترك لكل من الزوج والزوجة وهو ما عليه جمهور المسلمين وفي الشريعة اليهودية .

١ ـ ان العيوب ليست محصورة لدى جمهور الفقهاء المسلمين حسب ما حققناه وهو ما ذهبت اليه الشريعة اليهودية .

٢ ـ ان مجرد علم السليم بمرض صاحبه يعتبر رضاء منه بذلك فيسقط حقه في طلب التفريق في أكثر العيوب .

٣ ـ كما تتفق الشريعتان في أن المرض او العيب اذا كان مرجو الشفاء فلا تفريق ، والا جاز ذلك .

اوجه الخلاف :

١) أن التفريق للعلل والامراض في الشريعة الاسلامية هو حق للسليم من الزوجين فله أن يطالب به وله الصبر على صاحبه مع الاجر والثواب من الله عز وجل .

أما في اليهودية فالتفريق واجب على الزوج ، وقد تحرم الزوجية بينهما في بعض العيوب ، بل ولو رضيت الزوجة فلا يجوز الابقاء على الزوجية .

٢) اعتبر الشرع اليهودي العقد باطلا اذا وجد عيب جنسي او جنون حين العقد بأحد الزوجين . أما في الشريعة الاسلامية فالعقد صحيح ولكن للسليم أن يطلب التفريق . وقد علل فقهاء المسلمين صحة زواج المجنون بأنه قد يكون في زواجه علاجاً له من مرضه فلا يجوز حرمانه من ذلك العلاج .

٣) استثنى اليهود الربانيون الجنون من التطليق للعيوب بعكس طائفة القرائين حيث اعتبروه عيباً يجيز طلب التفريق . أما في الشريعة الاسلامية فهو عيب يجيز التفريق .

٤) العقم سبب موجب للتفريق بل انه الزامي في حالات عدة لدى اليهود . بينما في الشريعة الاسلامية وفق اقتراحنا أنه سبب يبيح طلب التفريق كبقية العيوب التي تحول دون تحقيق غاية الزواج وهدفه في هذه الحياة .

— وان كان لا نص لدى الفقهاء في هذا الموضوع —

* * *

الفــرع الثاني

التفريق للعيوب لدى المسيحية

التطليق للامراض والعيوب في المسيحية

الاقباط الارثوذكس :

اجاز الاقباط الارثوذكس التطليق لعيب في أحد الزوجين في مجموعاتهم الحديثة وخاصة في قانون ١٩٣٨ وفي مجموعة ١٩٥٥ وذلك نقلا عن ابن لقلق وعما جاء في المجموع الصفوي لابن العسال والخلاصة القانونية لايفامانوس فيلوتاؤس عوض .

ففي قانون ١٩٣٨ :

اذا أصيب احد الزوجين بجنون مطبق أو مرض معد يخشى منه على سلامة الآخر ، يجوز للزوج الاخر ان يطلب الطلاق اذا كان قد مضى ثلاث سنوات على الجنون أو المرض وثبت أنه غير قابل للشفاء .

ويجوز أيضاً للزوجة أن تطلب الطلاق لاصابة زوجها بمرض العنه اذا مضى عــلى اصابته ثلاث سنوات . وثبت أنه غير قابل للشفاء وكانت الزوجة في سن يخشى فيه عليها من الفتنة .

ونظراً لاطلاق هذا النص في التطليق للامراض المعدية دون حصر لها فقد وجه الى القانون نقد شديد بسبب ما قيل من أنه مخالف لما ورد في الكتاب المقدس من أن الزواج ارتباط أبدي حتى الموت .

ولما في افتراق الزوج عن زوجه المريض من نكران للجميل ومنافاة لمبدأ التعاون المفروض بين الزوجين [1] .

جاء مشروع ١٩٥٥ فقيد التطليق للامراض :

م ٥٢ : اذا أصيب احد الزوجين بجنون مطبق يجوز للزوج الاخر ان يطلب الطلاق اذا كان قد مضى خمس سنوات على الجنون وثبت أنه غير قابل للشفاء .

ويجوز أيضاً للزوجة أن تطلب الطلاق اذا اصيب زوجها بمرض العنه وثبت أنه غير قابل للشفاء وكانت الزوجة في سن يخشى عليها فيه من الفتنة ولم يكن قد مضى على الزواج خمس سنوات .

وبما ان مجموعة ١٩٥٥ لم تكتسب الصفة الالزامية لانها لم تستكمل شروطها القانونية كان لا مناص من الرجوع الى قانون ١٩٣٨ والمجموعات القديمة .

ذكر ابن لقلق[2] : ان الزيجة تنفسخ ... بحدوث ما يمتنع معه الاجتماع المقصود بالزيجة . وقال : وأما امتناع الاجتماع المقصود بالزيجة كالخصي والجنون المطبق والجذام والبرص والعظم المانع في النساء والعنين والخنثى وما يجري هذا المجرى .

كما ان ابن العسال ذكر ان ما تنفسخ به الزيجة يشمل[3] :

ما يمنع من الاجتماع المقصود بالزيجة ، وهو طبيعي كالعنين ، وهو الذي لا يتمكن بطبيعة شخصه من الاجتماع المذكور ، والخنثى ، وهو الذي له فرج الذكر والمرأة معاً في موضع واحد ، وكمن لها عظم زائد .

وإما عرضي وهو ثلاثة أخرى :

(١) احدها : الخصي .

(١) الاحوال الشخصية نمر وحبشي ص ٣٥٤

(٢) ملحق المجموع الصفوي ص ٢٤٢

(٣) ذكرت هذه العيوب في القسم الثامن من موانع الزواج بالمادة ٣٩ الا انه أحال في الفصل السادس فيما يفسخ به الزواج على القسم الثامن .

(٢) وثانيها : الجنون الذي يكون زمان الافاقة منه أقل .

(٣) وثالثها : الامراض القاطعة كالجذام .

وأما البرص فالأمر فيه راجع الى الاختيار .

وجاء في السبب السابع في الخلاصة القانونية في باب فسخ الزواج [١] :

اذا حدث لاحدهما بعد الزواج ما يمتنع بواسطته المقصود بالزيجة من الموانع الشخصية الغير ممكن برؤها (المبنية بالنوع الثاني من القسم الاول من المسألة السابعة عشرة) ورغب المعافى منهما الفرقة بعد أن تكون مضت له مدة ثلاث سنوات مستمراً مع قرينه من عهد ما أصيب بذاك المرض المانع ولم يتمكنا من الا جتماع الزوجي التناسلي وتحقق ذلك جلياً يجاب وتفسخ الزيجة .

ولو رجعنا الى ما أحال اليه صاحب الخلاصة لوجدنا تحت عنوان الموانع الشخصية[٢] « وهي كل ما يمنع من الاجتماع المقصود بالزيجة . وذلك إما ان يكون المانع طبيعيا كالعنين وهو ما لا يتمكن بطبيعة شخصه من الاجتماع . والخنثى وهو الذي له عضو الذكر والانثى معا . وكمن لها عظم زائد مانع . وإما عرضيا (وان كان حادثا الا أنه ثابت) وهو الخصاء وما يجري مجراه من موانع الاجتماع التناسلي ان كان من جهة الذكر او الانثى والجنون المطبق والجذام والبرص » .

ونلاحظ من مجموعة هذه النصوص ، مع خلاف يسير في بعضها ، انها أجازت التطليق للجنون والامراض المعدية والتناسلية .

أولاً : الجنون [٣] :

ذكرت المجموعات الفقهية والقانونية ان الجنون من أسباب التطليق ويشترط في ذلك الشروط التالية :

---

(١) الخلاصة القانونية ص ٣٨

(٢) المصدر السابق ص ٢٢ — ٢٣

(٣) يقسم فقهاء الشريعة الاسلامية الجنون الىمطبق وهو ما استمر ذلك شهراً كاملا دون افاقة، وقال =

١) أن يكون الجنون مطبقاً أي لا يتخلله افاقة . ويلاحظ ان ابن العسال خالف ذلك فنص على هذا بقوله :

« الجنون الذي يكون فيه زمان الافاقة منه أقل » .

٢) ان يثبت انه غير قابل للشفاء وهذا ما استحدثه قانون ١٩٣٨ ومجموعة ١٩٥٥ حيث لم يرد بالمجموعات السابقة هذا الشرط .

وبديهي أن تقدير ذلك للاطباء الذين يقررون مدى قابلية المجنون للشفاء أو عدمه .

فاذا قرر الاطباء ان الجنون قابل للشفاء فلا يجوز التطليق .

٣) أن يمضي على الزوج ثلاث سنوات وهو مريض بالجنون حسب ما جاء في قانون ١٩٣٨ والخلاصة القانونية .

أما في مجموعة ١٩٥٥ فاشترط مضي خمس سنوات على المرض .

ويلاحظ أيضاً أن هذا الشرط لم يرد في قوانين ابن لقلاق ولا في المجموع الصفوي لابن العسال .

ثانياً ــ الامراض المعدية :

انفردت مجموعة ١٩٥٥ بعدم ذكر الامراض المعدية ضمن الاسباب التي تبيح التطليق ولكن رغم هذا فللقضاء أن يحكم بالتفريق بناء على ما ورد في المجموعات السابقة وخاصة قانون ١٩٣٨ لأن المجموعة كما سبق أن ذكرنا لا تقوى على نسخ التشريعات السابقة لانها لم تكتسب صفة الالزام من الناحية القانونية . ومما يجدر التنبيه اليه ان المجموعات التي جاء فيها ذكر التطليق للأمراض المعدية لم تذكر ما عددته على سبيل الحصر بل على سبيل المثال .

= بعضهم يشترط ان يستمر سنة فاكثر . والى جنون متقطع وهو ما كان دون ذلك . مباحث الحكم عند الاصوليين للدكتور محمد سلام مدكور .

واما في القانون المدني فلا توجد هذه التفرقة ونصت المادة ٤٥ : « لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن او عته او جنون » المدخل للدكتور عبد المنعم البدراوي ص ١٦١

وقد اشترطت المادة ٥٤ من قانون ١٩٣٨ للتطليق للمرض المعدي الشروط التالية :

١) أن يكون المرض معديا بشكل يخشى منه على سلامة الآخر .

٢) أن يمضي على المرض ثلاث سنوات .

٣) أن يثبت طبياً أن المرض غير قابل للشفاء .

ثالثاً ـ الأمراض الجنسية :

يذكر فقهاء المسيحية على أن غاية الزواج هي التوالد وطلب النسل [1] . ولهذا جاء في المادة ١٤ من مجموعة قواعد الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس لعام ١٩٥٥ : الزواج سر مقدس يتم بصلاة الاكليل على يد كاهن طبقاً لطقوس الكنيسة القبطية الارثوذكس يرتبط به رجل وامرأة بقصد تكوين اسرة والتعاون على شؤون الحياة ويثبت بعقد يجريه الكاهن .

ويتضح من هذا أن الزواج اذا لم يحقق غايته كأن أصيب أحد الزوجين بعجز تناسلي أو أي مرض تناسلي يحول دون ثمرة الزواج كان للطرف الآخر أن يطلب التطليق من القاضي .

على أنه يلاحظ أن قانون ١٩٣٨ ومجموعة ١٩٥٥ قصر التفريق بسبب العجز الجنسي على الرجل دون المرأة فقد ذكرا العنة في الرجل فقط سبباً من أسباب التطليق مع أن المجموعات السابقة لم تحصر هذه العلل بل ذكرت كل ما منع المقصود من الزيجة من عيب يحول دون الجماع سواء كان في الرجل أم في المرأة .

وهذا نقص في التشريع ، فضلا عن ان المصلحة تقتضي التفريق بين زوجين أصبح أحدهما لا يستطيع أن يقوم بواجبه الزوجي نحو الآخر .

وشروط التطليق كما جاءت في المجموعتين الاخيرتين هي :

١) أن يثبت ان مرض العنه غير قابل للشفاء [2] .

---

(١) الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين حلمي بطرس ص ٩٧

(٢) ولكن يلاحظ ان تقدير الاطباء لعدم قابلية العنه للشفاء ليس من السهل دائماً ولهذا فان للمحكمة تقدير ذلك . اهاب اسماعيل ص ١٦٥ انحلال الزواج لدى الارثوذكس .

٢) أن تكون الزوجة في سن تخشى فيه الفتنة اذا تركت بدون زواج .

٣) ان يمضي على الزوج المريض ثلاث سنوات كما جاء في قانون ١٩٣٨ وخمسا كما جاء في المجموعة ١٩٥٥ .

الروم الارثوذكس :

أجاز الروم الارثوذكس التطليق اذا ما وجد بأحد الزوجين علة جنسية خفيت على الطرف الآخر ، وكذلك في حالة الجنون والجذام .

نصت المادة ١٢ من قانون ١٩٣٧ :

« لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق لعدم مقدرة الآخر على استيفاء فرص الزواج بالجماع ، اذا كانت هذه العلة موجودة حين عقد الزواج ، وكان يجهلها الطالب ودامت ثلاث سنوات من حين الزواج واستمرت الى وقت رفع الدعوى وللزوجة أن ترفع دعوى الطلاق ولو قبل فوات الثلاث سنوات في حالة ما تكون عنة الزوج مستمرة وغير قابلة للشفاء ومثبوتة بفحص طبي قانوني » .

ويلاحظ ان حق طلب التطليق مشترك ، فللرجل او المرأة أن يطلب ذلك اذا ما بصاحبه علة تمنع الاتصال الجنسي . على أنه يشترط أن تكون العلة وقت العقد . أما العلة الطارئة فلا يجوز الفسخ بسببها .

لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق في حالة ما يصاب الآخر في قواه العقلية لدرجة تجعل حياة قرينه معرضة للخطر ولا يكون لهذه العلة أي أمل بالشفاء ، وتكون قد دامت ثلاث سنوات أثناء الزواج .

ولكل من الزوجين أن يطلب ايضاً الطلاق إذا أصيب الآخر بالجذام [1]

ونصت المادة ١١ : « لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق في حالة ما يصاب الآخر في قواه العقلية لدرجة تجعل حياة قرينه معرضة للخطر ، ولا يكون لهذه العلة أي أمل بالشفاء ، وتكون قد دامت ثلاث سنوات أثناء الزواج » .

---

(٢) الاحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور شفيق شحاته ١٦/٤

الكاثوليك :

نصت المادة ٥٨ التقنين الكاثوليكي الشرقي الصادر في سنة ١٩٤٩ :

١) العجز السابق المؤبد سواء أكان من طرف الرجل أم من طرف المرأة وسواء أكان الزوج عارفاً به أم لا مطلقاً كان هذا العجز كلياً أم نسبياً، يبطل الزواج بحكم القانون الطبيعي نفسه .

٢) اذا ارتيب في مانع العجز سواء أكان الريب من قبل القانون أم من قبل الواقع فلا يمنعن الزواج .

وهكذا نجد أن الكاثوليك رغم انهم يحرمون التطليق ولكنهم أمام الضرورات الملحة اعتبروا العجز الجنسي من موانع الزواج اذا وجدت اثناء عقد الزواج ولم يحصل دخول.

هل يعتبر العقم من العلل المجيزة للتطليق في المسيحية ؟ ..

لم تنص المجموعات الاقباط الارثوذكس على التطليق لعلة العقم في أحد الزوجين ألا أن الشريعة الارمنية أجازت ذلك قبل صدور تقنينها الجديد المطبق في مصر حالياً .

يقول الدكتور شفيق شحاته[1] : « وقد خالف التقنين تقاليد الشريعة الارمنية كذلك عندما نص بالفقرة الثانية من المادة ١١ على أن « عقم الرجل او المرأة لا يجعل العقد باطلاً » — فقد عرفنا ان عقم المرأة وان لم يفرد في أي وقت من الاوقات الى ابطال عقد الزواج عند الارمن ، الا انه كان يؤدي عندهم الى فسخه » .

واننا نرى ان قانون الاقباط الارثوذكس وان لم ينص صراحة على الاعتداد بهذا العيب ولكن النصوص المتواترة عن رجال الكنيسة تؤكد أن غاية الزواج هو حفظ النوع البشري عن طريق التناسل والتوالد ولهذا فهم اجازوا التفريق للعلل الجنسية لأنه يحول دون ذلك بل انهم لم يحصروا العيوب بل قالوا وكل ما جرى مجرى ذلك ، وبما أن العقم يحول دون تحقيق ثمرة الزواج فوجب الاعتداد به سبباً من أسباب التفريق .

ويقول الدكتور اهاب اسماعيل[2] : « ولكنا نرى ضرورة الاعتداد بالعقم كسبب من أسباب التطليق في شريعة الاقباط الارثوذكس »[3] .

---

(٢) المصدر السابق ٤/٣٢

(١) اهاب اسماعيل ص ٢٢٠ انحلال الزواج لدى الارثوذكس .

(٢) وقد اختلف الاجتهاد القضائي في الاعتداد بالعقم كسبب يجيز التفريق .

الاجتهادات القضائية

ونظراً لتعدد مصادر الشريعة المسيحية وخاصة لدى الاقباط الارثوذكس الذين توسعوا في التطليق نرى أنه لا بد من الرجوع الى القضاء لمعرفة مدى تطبيق هذه النصوص .

الاعتداد بالعقم كعيب يجيز التطليق :

« لما كان الغرض من الزواج حسبما ترمي اليه الشريعة المسيحية هو انجاب الذرية بحيث تنتفي معه اذا ثبت انه لن يؤدي لهذه الغاية المرجوة ، وقد انقضى على الزواج هنا زهاء الاربعة عشر عاماً دون انجاب اطفال لعقم الزوجة فان في ذلك ما يدعو الى الطلاق[1]

وفي هذا المعنى أيضاً : « كون الزوجة عاقراً لا تنجب رغم مضي عشر سنوات على زواجها وتقرير الطبيب بعدم احتمال حملها وظهور عدم الاحتمال من سنها كذلك يبرر طلب الزوج الطلاق[2] » .

عدم الاعتداد بالعقم :

وعكس ذلك : « ان القول بان الزوجة عقيم لا يعتبر هذا سبباً لفصم رابطة الزوجية لأن الشرع لدى الاقباط الارثوذكس يأخذ بمبدأ التحديد القانوني لاسباب التطليق » [3] .

وجاء أيضاً : « ليس في شريعة الاقباط الارثوذكس ما يبيح الطلاق لعدم انجاب الذرية[4] » .

---

(١) محكمة الزقازيق الابتدائية للاحوال الشخصية ١٩٥٦/١٢/٨

(٢) حكم مجلس ملي فرعي دمنهور للاقباط الارثوذكس ١٩٥٥/٥/٢١ صالح حنفي ١٨٩/١ .

(٣) محكمة استئناف القاهرة ١٩٥٧/٣/١٣ دكتور رفعت خفاجي ص ١٣١ .

(٤) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٦/١١/٢٤ صالح حنفي ٤٨٩/٢

التطليق للمرض خشية العدوى :

« لما كان قضاء هذه المحكمة قد استقر على اعتبار المرض سبباً من أسباب الطلاق لدى الاقباط الارثوذكس ، الا ان ذلك مقصود بأن يكون هذا المرض من الامراض التي تلحق ضرراً جسيماً بالزوج الآخر سواء كان ذلك الضرر من ناحية خطر انتقال عدواه اليه او من صيرورته حائلا دون تحقيق أي غاية من غايات الزواج ، والا يكون هذا المرض قابلا للشفاء ، فاذا كان يرجى شفاؤه فينبغي ألا تطول مدته الى الحد الذي يترتب على الضرر [١] » .

طلب التفريق هو حق للسليم دون المريض :

« ان رغبة الزوج في التخلص من الحياة الزوجية لا تبرر اجابته لطلب الطلاق ولو كان سنده قرحة عشرين عاماً بمعدته وسوءحالته الصحية مما حال دون الوفاء بالمعاشرة سنده قرحة عشرين عاماً بمعدته وسوء حالته الصحية مما حال دون الوفاء بالمعاشـــرة الزوجية وأدى الى استمرار النزاع لمدة عشر سنوات وترك مسكنه ما دامت الزوجة تعلم بحالته وترضاه وترعاه أثناء مرضه [٢] » .

التطليق للجنون :

« مرض الزوج بمرض عقلي مدة تزيد عن خمس سنوات مع استمرار المرض وعدم انتظار شفائه يبيح للزوجة طلب التطليق من زوجها[٣] » .

التطليق للعنة النفسية :

« اذا ثبت من التقرير الطبي الشرعي ان الزوج مصاب بعنة نفسية بالنسبة لزوجته وان الامل في شفائه منها ضعيف فقد قام ما يمنع الاجتماع المقصود بالزواج فيكـــون طلب التطليق في محله[٤] » .

---

(١) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٧/٣/٩

(٢) مجلس ملي فرعي اسكندرية ٩٥٥/١٢/١٦صالح حنفي ص١٨٩ واشار اليه الدكتور خفاجي ص٧٢.

(٣) محكمة دمنهور الابتدائية ٩٥٦/٤/١٠ حنفي ٤٧٦/٢ .

(٤) محكمة اسكندرية الابتدائية ٩٥٧/٦/٢٥ .

حصر الأمراض المسوغة للتطليق والاعتداد بقانون ١٩٣٨ :

« لا تجيز شريعة الاقباط الارثوذكس التطليق بسبب كل مرض يصيب أحد الزوجين والا لما كانت معاونة او مساعدة من جانب أحد الزوجين للآخر وانما وضع قانون الأحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس الصادر في ١٩٣٨/٥/٩ ضوابط استمدها من روح رجال الدين ونصوصهم(١) » .

وفي هذا المعنى « ان المرض الذي عزاه الزوج لزوجته مردوده بأن الشرع لدى الاقباط الارثوذكس يأخذ بمبدأ التحديد القانوني لأسباب الطلاق ، وان المقصود بالمرض الذي يبرر التطليق في مدلول المادة ٥٤ من قانون الأحوال الشخصية ان يصاب أحد الزوجين بجنون مطبق او بمرض معد يخشى منه على سلامة الزوج الآخر وأن يكون قد مضى عليه ثلاث سنوات وأن يثبت أنه غير قابل للشفاء فإنه اذا ما تخلفت أحد هذه الشروط الأربعة فهو حتماً لا يخول الحق في طلب الطلاق(٢) .

ونحن لا نوافق على ما ذهبت اليه المحكمة في حصرها الأمراض المجيزة للفسخ أو التطليق لأن النصوص القديمة التي استمد منها قانون ١٩٣٨ ومجموعة ١٩٥٥ والتي لا تزال تعتبر المرجع الاول لقضاء الاحوال الشخصية لدى الاقباط الارثوذكس لم تأت بالعيوب والعلل على سبيل الحصر بل جاءت بذكرها على سبيل المثال(٣) .

وقد اشترط القضاء لمن يطلب التطليق لمرض أصاب زوجه الا يكون قد تسبب في مرضه او تساهل في علاجه او قصر في تقديم واجب المعونة اليه حتى اصيب بالمرض وذلك لئلا يستفيد المقصر والمهمل من تقصيره واهماله .

---

(١) أستئناف القاهرة ١٩٥٨/٣/٢٠ .

(٢) استئناف القاهرة ١٩٥٦/١١/٢١ .

(٣) ومن يذهب الى عدم الحصر في الامراض المسوغة للطلاق الدكتور اهاب اسماعيل ص ١٦٩ انحلال الزواج لدى الارثوذكس .

فاذا كان سبب المرض راجعاً الى فعل الزوج او بخطئه ، فان مثل هذا المرض لا يعطي الحق للزوج في طلب التطليق كما لو ان الزوج لم يقدم لزوجته المسكن الملائم أو الرعاية الصحية التي يجب أن يوفرها لزوجته حسب امكانياته المادية واصيبت زوجته بمرض نتيجة ذلك فلا يجاب الى طلبه بالتطليق جزاء أهماله وتقصيره[1] .

* * *

(١) في هذا المعنى حكم محكمة القاهرة الابتدائية ٩/٢/٩٥٦ وحكم آخر لمحكمة استئناف القاهرة ٢٠/٣/١٩٥٧ رفعت خفاجي ص ٧١ .

ملاحظاتنا على ما جاء من مواد التفريق

للأمراض والعيوب في المسيحية

١) لم يكن التفريق للعيوب والامراض قبل عصر ابن العسال :

يلاحظ في تاريخ التشريع المسيحي ان التفريق للعلل والامراض بين الزوجين لم يكن معترفاً به قبل عصر ابن العسال فهو الذي وضع هذه القواعد اذا ما أصاب أحد الزوجين علة جنسية او معدية خشي منها على الزوج الآخر .

جاء في كتاب الاحوال الشخصية لغير المسلمين[1] :

لم تجز قوانين التطلسات التطليق لجنون أحد الزوجين . ولكن ابن العسال قد انفرد من بين الفقهاء باجازة التطليق في هذه الحالة .

ويقول في محل آخر [2] : اذا عرض لاحد الزوجين ما يمنع الاجتماع المقصود بالزيجة بينهما لم يكن في القوانين القديمة ما يمكن حلها ثم تدرج الفقهاء في اجازته فقال ابن لقلق بجوازه ان استمرت عنة الزوج ثلاث سنوات وتبعه في ذلك ابن العسال[3] .

ونحن اذا رجعنا الى تعريف العيوب كما جاءت في المجموع الصفوي لابن العسال نجد التشابه الواضح بين ما ذكره وما جاء في كتب الفقهاء المسلمين ، مما لم تعرفه الكنيسة من ذي قبل .

---

(١) الاحوال الشخصية لغير المسلمين الفي وحبشي ص ٢٥٤ .

(٢) المصدر السابق ص ٣٥٥ .

(٣) يلاحظ هنا ان ابن لقلق هو الذي طلب من ابن العسال وضع كتاب في الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس فهما في عصر واحد .

وفي هذا يقول الدكتور شفيق شحاته في كتابه الأحوال الشخصية[٤] :

وقد رجع أيضاً ابن العسال الى كتب الفقه الاسلامي، وبوجه خاص الى كتب ابن اسحاق الشيرازي في المذهب الشافعي [١] .

٢) توسع المحاكم فيما ذهبت اليه :

ومن استعراضنا لما ذهبت اليه المحاكم نرى انها لم تتقيد بمجموعة ١٩٥٥ بل تجاوزت قانون ١٩٣٨ الى المجموعات الفقهية القديمة باعتبارها المنبع الاول والمصدر لهذه التشريعات . وفي هذا دلالة على المرونة التي يسير عليها القضاء المصري مستلهما في هذا المصلحة والضرورات العملية .

وأكثر من هذا فان اشتراط مدة ثلاث سنوات على الزواج حتى يجيز للطرف الآخر طلب التفريق كما جاء في القانون لا أصل له حتى قالت بعض المحاكم ان هذا اشتراط تحكمي لا أصل له بين المصادر الفقهية القديمة .

٣) عدم حصر العيوب :

كما نلاحظ ان بعض الاجتهادات القضائية لم تتقيد بالعيوب التي جاءت بالقانون حصراً كالتفريق بسبب العقم .

* * *

---

(١) الاحوال الشخصية لغير المسلمين :/١ ٤١ شفيق شحاته

(٢) راجع ما كتبناه في التمهيد في هذا الكتاب .

المبحث الرابع

التفريق المعيوب في قوانين البلاد الاجنبية

التفريق للعلل والعيوب في القانون الالماني :

توسع القانون الالماني في التفريق للعلل والعيوب بين الزوجين فأجاز لكل منهما أن يطلب التطليق من القاضي في حالات ثلاث :

١) تصدع الحياة الزوجية لخلل في القوى العقلية لأحد الزوجين :

م ٤٤ : اذا أصيب احد الزوجين بخلل في قواه العقلية أدى الى انفصام رباط الزوجية انفصاماً بالغاً بحيث لا يتصور معه دوام المعيشة بين الزوجين .

٢) المرض العقلي :

م ٤٥ : اذا اصيب أحد الزوجين بمرض عقلي بليغ يؤدي الى زوال الوفاق بين الزوجين زوالاً نهائياً .

٣) الأمراض المعدية والمنفرة :

م ٤٦ : اذا اصيب أحد الزوجين بمرض عضال معد او تعافه النفس وتعذر تحديد مدة شفائه منه[١] .

على أن المادة ٤٧ من القانون الالماني قيدت حق التطليق بهذه المواد بعدم الاضرار بالزوج المريض اضراراً بليغاً بحيث لو كان التفريق يسيء اليه في صحته اساءة بالغة فلا

(١) الاحوال الشخصية للاجانب ص ٥٩

يجوز التفريق مراعاة لقواعد الاخلاق والالتزام بالاخلاص الزوجي . وهذا كله متروك لتقدير القاضي حسب ظروف كل مريض ومقدار الامل بشفائه[١] .

ويلاحظ في التفريق للأمراض حسب المواد السابقة :

١) ان العيوب والامراض التي نص عليها القانون غير محصورة فكل مرض معد او منفر يجيز طلب التطليق .

٢) ان حق طلب التطليق منوط بعدم الاضرار بالمريض ضرراً بالغاً .

٣) يستعين القاضي على تقدير خطورة المرض بالأطباء .

٤) يشترط في التطليق لخلل في العقل أن يؤدي الى استحالة الحياة الزوجية وفي بقية الامراض يشترط تعذر الشفاء في وقت قريب والا فلا تفريق .

* * *

---

(١) مذكرات الدكتور الشرقاوي ٦٧٩ .

التفريق للعلل والعيوب في القانون اليوناني

أجاز القانون اليوناني لكل من الزوجين أن يطلب التطليق اذا ما أصيب صاحبه بمرض البرص أو الجنون ، كما أجاز القانون التطليق اذا ما كان أحد الزوجين مصاباً بالعجز الجنسي أثناء عقد الزواج ولم يعلم الآخر به[1] .

م ١٤٤٣ : **آفة العقل** : — لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق اذا أصيب الآخر بآفة في العقل من شأنها أن تجعل التفاهم بينهما مستحيلاً ، اذا استمرت هذه الحال أربع سنوات على الأقل خلال مدة الزواج .

وهذا أمر يخضع لتقدير القضاء أكثر من خبرة الاطباء لأنه لم ينص على أن المرض يجب أن يكون غير قابل للشفاء بل قال من شأنه أن يجعل التفاهم بين الزوجين مستحيلاً . وكل ما شرط القانون هو مضي أربع سنوات على المرض أثناء الزواج [2] .

م ١٤٤٤ : **البرص** : لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق اذا أصيب الآخر بالبرص [3] .

ولا يجوز القياس على هذا النص بالنسبة الى أي مرض آخر مهما تكن خطورته أو خطر العدوى منه ، او انتقاله بالوراثة .

م ١٤٤٦ **العنة** : لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق لعنة بالزوج الآخر اذا كانت هذه الحالة قائمة وقت انعقاد الزواج دون أن يعلم بها المدعي ، واستمرت ثلاث سنوات منذ هذا التاريخ مع بقائها وقت رفع الدعوى .

---

(١) التقنين المدني اليوناني ص ١٥٩

(٢) الاحوال الشخصية لغير المسلمين للشرقاوي ص ٣٠٦

(٣) الاحوال الشخصية للاجانب جميل خانكي ص ٢٥٣ .

ويشترط لتطبيق هذا النص كما هو واضح ثلاثة أمور :

١) أن تكون العنة موجودة حين عقد الزواج .

٣) ان تستمر ثلاث سنوات بعد زواجهما .

ولا فرق في هذا بين الرجل فكما يكون العجز الجنسي لدى الرجل قد يكون في المرأة لعلة فيها[١] .

* * *

(١) في بعض القوانين الاجنبية التي لا تجيز التفريق بسبب الأمراض وخاصة التناسلية فانها أمام الضرورات الملحة ، اعتبرت وجود اي مرض تناسلي في احد الزوجين مبطلا لعقد الزواج .
ومن هذه القوانين : قانون الولايات المتحدة الامريكية . جميل خانكي ص ٦٧ .

التفريق للعلل والامراض في القانون الانجليزي

أجاز المشرع الانجليزي لكل من الزوجين أن يطلب التطليق من القاضي اذا ما أصيب صاحبه بالجنون وكان غير قابل للشفاء وذلك في القانون الصادر في ١٩٥٠ .

وكان أول قانون صدر في انجلترا يبيح طلب التطليق هو قانون ١٩٣٧ حيث عدد أسباب التطليق فجاء قانون ١٩٥٠ فاقتصر على بعضها والغى بعضها الآخر .

الجنون :

اذا أصيب الزوج بمرض عقلي غير قابل للشفاء واستمر المرض خمس سنوات جاز للزوج السليم طلب التطليق .

على ان القضاء اعتبر مجرد وجود المريض خمس سنوات تحت العلاج يعتبر قرينة على عدم قابليته للشفاء ، لأن اثبات عدم قابلية المريض للشفاء أمر ليس بالهين [١] .

العيب التناسلي :

كان قانون ١٩٣٧ يجيز للزوجة اذا ما أصيب زوجها بمرض تناسلي خطير أن تطلب من القاضي لتضررها من ذلك[٢] .

ولكن قانون ١٩٥٠ لم يذكر هذا العيب من جملة العيوب المسوغة لطلب التفريق .

* * *

---

(١) مذكرات الدكتور الشرقاوي ص ٤٧

(٢) الاحوال الشخصية للاجانب ص ١٢٠

الفصــل الثاني

التفريق بين الزوجين للضرر والشقــاق •

المبحــث الاول :

في الشريعة الاسلامية

تمهيــد :

حرص الاسلام على وحدة الزوجية بما شرعه من حقوق وواجبات بين الزوجين فقد قال تعالى : « ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف [1] » وأمر كلا من الزوجين بالصبر على صاحبه فان كره أحدهما من الآخر أمرا فقد يعجبه منه أمور أخرى بل قد يكــون فيما يكرهه أحدهما خيرا لا يعرفه وسوف تظهره له الأيام .

قال الله تعالى : « فان كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيرا كثيراً » [2] .

والخطاب وان كان للازواج فهو للزوجات أيضاً لان الله اذا أوصى الزوج بالصبر مع الكراهية وهو يملك الطلاق فلأن يوصي الزوجة بالصبر مع الكراهية بالأولى .

ولكن هذه الحياة الزوجية التي يعيشها الرجل والمرأة في بيت واحد قد تبدو في سحبها بعض ما يعكر صفاءها من نشوز أحدهما او نفوره او بعدوى الآخر فشرع الله لكل حالة حكما سواء كان ذلك من الزوج ام من الزوجة ام من كليهما — كلها ترمي الى

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨

(٢) سورة النساء آية ١٩

الاصلاح بين الزوجين وعودة الامور لحالتها الاولى . ويهدف الاسلام بما وضع من قواعد ومحاولات للصلح أن يحول بين الزوجين والفرقة ما استطاع الى ذلك سبيلا والا كان من السهل جداً أن يقول لكل منهما من لم يرض بما هو فيه فليطلق او ليطلب الطلاق .

ولكن الاسلام غاية ونظام الطلاق فيه أن يجعل هذا الانفصال علاجاً لا عقوبة ، شرع من الوسائل والمحاولات ما يضمن بقاء الحياة الزوجية بعيدة عن التفريق بين الزوجين ما أمكن ، فان استحال ذلك كان الفراق هو العلاج الوحيد حيث لا علاج سواه .

* * *

الفــرع الاول

كيف عالج الاسلام نشوز احد الزوجين

نجد أمامنا ثلاث حالات بينها القرآن الكريم في نظام الأسرة حرصا على وحدتها واملا في اصلاح ذات البين .

الحالة الاولى ـ نشوز الزوجة

جاء ذكر هذه الحالة مع علاجها في قوله تعالى : « واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن ، فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » .

الحالة الثانية ـ نشوز الزوج

وقد جاءت في الآية الكريمة : « وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً او اعراضــاً فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير » .

الحالة الثالثة ـ نشوز كل منهما عن صاحبه دون ان يعــرف من منهما المسيء

وجاء ذكر هذه الحالة بقوله تعالى : « فان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما » .

المطلب الاول ـ نشوز الزوجة

قال الله تعالى : « واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن ، فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » .

والخوف هنا بمعنى الظن أي ان ظننتم نشوزهن وفي هذا ارشاد للمبادرة بالعلاج قبل وقوع الداء .

والنشوز معناه : كما فسره ابن عباس وعطاء والسدى [1] : معصية الزوج فيما يلزمها من طاعته .

جاء في الشرح الكبير : [3] معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعته . مأخوذ من النشوز وهو الارتفاع فكأنها ارتفعت وتعالت عما أوجب الله عليها من طاعته .

أراد المشرع الحكيم أن يكون علاج نشوز الزوجة من زوجها على مراحل ثلاث : بحيث لا ينتقل من مرحلة إلى أخرى الا بعد أن يعتقد انها لم تعد تجدي .

فالمرحلة الأولى :

مرحلة الموعظة لقوله تعالى : فعظوهن .

وموعظة الرجل لزوجته هو أن يذكرها بالله وبما فرض عليها من واجبات فقد تندم وتعود الى صوابها .

جاء في مغنى المحتاج[3] :

لو ظهرت امارات نشوزها وعظها ندباً لقوله تعالى : واللاتي تخافون ... ويبين لها

---

(١) احكام القرآن للجصاص ٢/٣٣٠ .

(٢) الشرح الكبير ٨/١٦٧ .

(٣) مغني المحتاج ٣/٢٥٩ .

حقوق الزوج وما ورد بالشرع من ذلك .

والبدء بالموعظة والارشاد هو البدء باقرب الحلول واسهلها فقد يكون سبب النشوز أمراً لا علاقة للرجل فيه ، فبالوعظ والارشاد ، يتبين له سبب هذا النفور .

جاء في المهذب[1] لأنه يجوز أن يكون ما ظهر منها لضيق صدر من غير جهة الزوج .

ولا يقتصر النصح على مرة واحدة لا ن النساء تختلف في تقبل الوعظ والارشاد فرب امرأة تكفيها كلمة طيبة تجعلها ترجع عما هي فيه وأخرى لا يكفيها ذلك ، فيجب على الرجل حينئذ أن ينصحها لعلها تعود الى وضعها الطبيعي فتزول الجفوة بينهما .

ولا يجوز أن ينتقل من هذه المرحلة من الاصلاح الا بعد أن يعتقد انها لم تعد تجدي فلا النصح ولا الارشاد ولا الموعظة غيرت من نفسيتها شيئاً حينئذ ينتقل الى المرحلة الثانية .

قال الدردير[2] : ولا ينتقل لحالة حتى يظن ان التي قبلها لا تفيد .

المرحلة الثانية :

مرحلة الهجر لقوله تعالى واهجروهن .

اذا لم يجد الوعظ والارشاد والنصح من الزوجة مرة أو أكثر من مرة والزوج متمسك برباط الزوجية المقدس طاعة لأمر ربه . وحرصاً على وحدة اسرته وأملا برجوع زوجته الى رشدها وصوابها ، فالمرحلة الثانية من مراحل محاولات الاصلاح هي الهجر .

والانتقال الى المرحلة الثانية بعد أن فشلت المرحلة الاولى أمر طبيعي فالعلاج اذا لم يجدي مع المريض وجب على الطبيب تغيير الدواء .

والهجر في المضجع لا في الكلام لان الاسلام لا يريد أن يقطع حبل المودة المتين بين الزوجين لتبقى الصلة وثيقة رجاء الاصلاح وعودة الامور الى مجاريها . قال في التاج

---

(١) المهذب ٢/٢٧٤

(٢) الدردير على خليل ٢/٤٠٢

المذهب[1] : والهجر انما هو في المضجع لا في الكلام . ولان هجر الكلام منهي عنه أيضاً اذا زاد عن ثلاثة أيام والهجر قد يطول شهراً ولهذا كان الهجر هجر مضجع لا هجر كلام .

جاء في الشرح الكبير[2] : لقوله عليه السلام لما رواه أبو هريرة عنه : لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام .

وقال الحطاب [3] : وغاية الهجر شهر .

ويجب أن يكون الهجر في المضجع لقوله تعالى واهجروهن في المضاجع ولم يقل واهجروا مضاجعهن .

قال في المهذب [4] : وأما الهجر فهو ان يهجرها في الفراش .

وفي رأيي أن الهجر هنا ليس مقصوداً في ذاته بل إنه درس قاس يعطيه الزوج لزوجته لتعرف أنه جاد فيما هو فيه ، وما بعد هذا الا الفراق . وهو في الوقت نفسه امتحان يجتازه الرجل ليعرف نفسه هل يستطيع الصبر على فرقة زوجته قبل أن يطلقها اذا ما استمرت في عنادها .

ان في هجر الزوج لزوجته وهما في فراش واحد درس وامتحان يعرف قيمته كل زوج وزوجة .

هذا هو المقصود من الهجر ، التدرج في العلاج اذا استعصى الداء وليكون الزوج أمام زوجته رجلا في تصرفاته والا فأية قيمة لنصح وارشاد في الصباح وسمر ومضاجعة في الليل .

ولا يجوز ان ينتقل الى المرحلة الثالثة الا بعد فشل هذه المرحلة وهي كما قلنا مدة يجب

(١) التاج المذهب ٧١/٢ .
(٢) الشرح الكبير ١٦٧/٨ .
(٣) مواهب الجليل ١٥/٤ .
(٤) المهذب ٧٤/٢ .

ألا تتجاوز الشهر وعليه أن يجرب ويحاول الاصلاح ما أمكنه والا انتقل الى المرحلة الثالثة بعد يئسه من هذه المرحلة ، وان اطاعته وندمت ورجعت عن غيها لا يجوز له أن ينتقل للمرحلة الثالثة : لقوله تعالى : فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا .

المرحلة الثالثة :

الضرب لقوله تعالى واضربوهن .

هناك بعض النساء من لا يكفيه الوعظ ولا يكترث بالهجر ، فما موقف الشارع من هذا النوع من النساء ؟ .. لقد أمر الاسلام الزوج ان يعظ زوجته باللين والنصح ، ففعل أكثر من مرة فلم ترجع عن خطأها ثم أمره أن يهجرها في المضجع ، فهجرها شهراً فلم ترعو فماذا يفعل ؟ ..

أمام الزوج في هذه الحالة أحد طريقين :

١) إما عرض الامر على القضاء .

٢) أو الطلاق .

وفي عرض الأمر على القضاء وشرح أسباب نشوز الزوجة مما تأباه الشريعة الاسلامية حرصاً على قدسية الحياة الزوجية من أن تكون أسرارها لدى أقل مناسبة معروضة أمام القضاء وان اباح الاسلام اللجوء الى القضاء فذاك حيث لا دواء سواه . أما هنا فالأمر ان أمكن حله فيما بين الزوجين فلا يجوز للغير أن يطلع عليه .

وفي الطلاق تشتيت للاسرة وتفريق لأفرادها وهدم لهذا العش الذي بناه الزوجان وهو ما كرهه الاسلام وبغضه ووصفه بأنه أبغض الحلال الى الله .

فماذا يفعل الزوج المسكين اذن ؟ ... ليس من المعقول أن نقول له اصبر بعد اجتاز هاتين المرحلتين مرحلة الوعظ والنصح ومرحلة الهجر .

جاءت الآية الكريمة فقالت : واضربوهن ...

والضرب كما جاء في كتب الفقه والحديث والتفسير لا ما اشتهر على السنة اعداء

الا سلام ولا على ما يفعله جهال المسلمين . هو أقرب الى المداعبة منه الى الضرب .

ومهما يكن من أمر فالتأديب بالضرب خير من التأديب بالطلاق لأن أثر الضرب لا يتعدى الزوجة بينما يتعدى أثر الطلاق الى جميع افراد الأسرة .

وللرد على أعداء الاسلام في هذا الموضوع أجد نفسي مضطراً لبحث بعض النقط بايجاز دون شرح وتطويل :

١) ما هو الضرب الذي جاء ذكره في القرآن الكريم .

٢) هل هو الزامي في كل نزاع زوجي .

٣) وهل هو لكل النساء .

٤) وأخيراً هل الضرب عقوبة يوقعها الزوج على زوجته .

١ ــ ما هو الضرب ؟

المقصود من الضرب هنا هو التدرج في محاولة الاصلاح بين الزوجين والانتقال من المرحلة الثانية بعد فشلها الى المرحلة الثالثة وذلك ان أصرت الزوجة على عنادها .

جاء في المغنى[١] : واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن فان نشزن فاهجروهن في المضاجع فان أصررن فاضربوهن .

والضرب بحد ذاته هو الضرب غير المبرح ولا المؤذي ولا المؤلم .

جاء في المحلى[٢] : فان عصته حل له هجرانها حتى تطيعه وضربها بما لم يؤلم ولا يجرح ولا يكسر . وقد ذهب ابن حزم الى أن الزوج اذا تجاوز الضرب المشروع وكان للزوجة أن تطلب الطلاق من القاضي والتعزير للزوج .

وقال الدردير[٣] : ولا يجوز الضرب المبرح ولو علم انها لا تترك النشوز إلا به . فإن وقع فلها التطليق عليه والقصاص .

---

(١) المغني ١٦١/٨ .

(٢) المحلى ٤١/١٠ .

(٣) الدردير ٤٠٢/٢ .

وقال المواق [1] : وان غلب على ظنه انها لا تترك النشوز الا بضرب مخوف لم يجز . فالضرب اذن ضرب خفيف لا كما يصور الوهم لاعداء الاسلام ، ولا يجوز الضرب المؤلم ولو كان فيه نفع وا صلاح لأنه ضرر ولا ضرر ولا ضرارفي الاسلام .

وقد ذكر الفقهاء أن الضرب يجب أن يكون بسواك أو بمنديل وشبهوه باللكزة أو نحو ها .

قال الحطاب[2] : والضرب في هذه الآية هو ضرب الادب غير المبرح وهو الذي لا يكسر عظما . ولا يشين جارحة كاللكزة ونحوها .

جاء في أحكام القرآن للجصاص[3] : ما رواه ابن جريج عن عطاء قال : الضرب غير المبرح بالسواك و نحوه .

وقال الحسن : ضربا غير مبرح ، وغير مؤثر .

٢) هل الضرب الزامي :

لا الزام على الزوج ان نشزت زوجته ان يضربها فقد ورد عن النبي عليه السلام في مناسبات عدة الأمر باجتنابه حتى قال بعضهم إن الضرب في القرآن نسخ في السنة لكثرة ما نهى عنه النبي عليه السلام .

قال عليه السلام : لا تضربوا اماء الله . وقال : لقد طاف بآل محمد سبعون امرأة كلهن يشتكين ازواجهن فلا تجدون اولئك خياركم[4] .

وجاء في مغنى المحتاج [5] والاولى له العفو عن الضرب ، وخبر النهي عن ضرب النساء محمول على ذلك ، او على الضرب بغير سبب يقتضيه لا على النسخ .

---

(١) المواق ١٦/٤ .
(٢) الحطاب ١٥/٤ .
(٣) احكام القرآن للجصاص ٢٣٠/٢ .
(٤) مختصر المزنى ٤٧/٥ .
(٥) مغنى المحتاج ٢٦٠/٢ .

وفي نهاية المحتاج [1] : والاولى العفو .

٣) هل هولكل النساء :

الاسلام جاء لجميع الناس ولمختلف الطبقات ولهذا تدرج العلاج وتنوع في الاصلاح بين الموعظة والهجر والضرب . وكثير من النساء من يكتفين بكلمة واحدة ومنهن من يؤثر فيهن هجر ليلة واحدة ومنهن من يصررن لى عنادهن ، فلهذا النوع شرع الله الضرب بحدوده وقيوده .

يقول الشافعي[2] : وفي ذلك دلالة على اختلاف حال المرأة فيما تعاقب فيه وتعاقب .

يقول فضيلة الاستاذ الشيخ محمود شلتوت[3] : والواقع ان التأديب لأرباب الشذوذ والانحراف الذين لا تنفع فيهم الموعظة ولا الهجر امر تدعو اليه الفطرة ويقضي به نظام المجتمع .

* * *

٤) هل الضرب عقوبة يوقعها الزوج على زوجته ؟

الضرب الذي جاء في القرآن الكريم وكما وصفه الفقهاء هو علاج لوضع نشأ في الاسرة عن نشوز الزوجة وعدم جدوى النصح والهجر معها ، وليس عقوبة يوقعها الزوج على زوجته ، بدليل انهم قالوا لو علم ان في ضربه عدم رجوعها عما هي فيه فلا يجوز له الضرب لأن المقصود منه الاصلاح .

قال الحطاب[4] : واذا غلب على ظنه ان الضرب لا يفيد لم يجز له ضربها .

وقال أيضاً : فان المقصود منه الصلاح لا غير .

---

(١) نهاية المحتاج ٦/٣٥ .

(٢) مختصر المزنى ٤/٤٧ .

(٣) الاسلام عقيدة وشريعة ص ١٧٦ .

(٤) مواهب الجليل ٤/١٥ .

وقال في تحفة المحتاج[١] : اما اذا علم أنه لا يفيد فيحرم .

وقال الدردير[٢] : وأما الضرب فلا يجوز الا اذا ظن افادته .

وقال في المختصر النافع [٣] : فان لم ينجح ، ضربها مقتصراً على ما يؤمل معه طاعتها ما لم يكن مبرحا .

فالضرب اذن ليس عقوبة على نشوزها ولكنه علاج لتلك الحالة التي طرأت على الاسرة وتفاديا لوقوع الفرقة بين الزوجين . ولهذا قال الله تعالى : فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا .

أي اذا حصل الغرض بالوعظ او بالهجر فلا تضربوهن ولو كان عقوبة لأمر بالضرب لأن المذنب لا يعفه من العقوبة رجوعه عنها بعد ارتكابها .

وأخيراً فانه يبدو لي ان الضرب كما جاء في الآية الكريمة وكما احاطه الفقهاء بشروطهم وقيودهم أشبه بالأمر النظري منه الى العملي فان الزوجة التي لا يجدي معها النصح والرشاد ولا الهجر فلن يجدي غالبا معها لكزة يد أو ضربة سواك ، وانما جاء ذكر ذلك في القرآن الكريم ليكون آخر الدواء لعل أحداً يلوم المطلق اذا طلق فيقول له لو ضربتها لرجعت عن خطأها .

كما يبدو لي ان أكثر نسائنا اليوم لا يجدي معهن هذا العلاج ولهذا فلا يجوز ضربهن اذا نشزن لان الضرب منوط بالمصلحة المرجوة منه ولا فائدة من ضرب هذه صفاته مع أكثر نساء اليوم[٤] .

---

(١) تحفة المحتاج ٧/٤٥٦ .

(٢) لدردير ٢/٤٠٢ .

(٣) المختصر النافع ص ٢١٥ .

(٤) وليس في هذا تعطيلا لحكم شرعي فحاشا لله ان نجرؤ على ذلك ، فان الضرب وان جاء على سبيل الندب فانه منوط بتحقيق الغاية المرجوة منه وهي اصلاح المرأة فقد يكون الضرب في عصرنا مفيداً ولا يفيد في عصر آخر وقد يصلح بعض النساء وقد يؤدي الى ذلك .

كما اني أرى ان الزوجة اذا ضربها زوجها بشكل مؤذ او مؤلم مخالفاً في هذا شرع الله ، فلها أن تطلب الطلاق من القاضي وعلى القاضي ان يحكم التفريق .

كما ان للزوجة في رأينا أن ترفع أمرها الى القاضي الجزائي لا للقاضي الشرعي في أمر ضرب زوجها ضرباً مؤلماً مؤذياً ، وعلى القاضي أن يطبق إحدى المادتين ٥٤٠ ، ٥٤١ من قانون العقوبات [1] اذا رغب بالبقاء على الحياة الزوجية .

أما اذا طلبت الزوجة الطلاق فيحق لها ذلك ويعتبر الضرب قرينة على حصول الشقاق والضرر بين الزوجين فيفرق القاضي بينهما كما سيأتي معنا تفصيل ذلك .

* * *

(١) تنص هذه المواد على عقوبة كل من أقدم على ضرب شخص او ايذائه بالحبس او بالغرامة ولم تستثن أحداً من ذلك .

المطلب الثاني ـ نشوز الزوج

قال الله تعالى : « وان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضاً فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير » .

تقدم حالة نشوز الزوجة وهذه حالة نشوز الزوج والمعنى فيهما واحد . فاذا شعرت الزوجة بكراهية الزوج لها أو أعراضه عنها لسبب قد يكون منها وقد يكون منه فيجب عليها أن تحاول استرضائه لاصلاح ذات بينهما .

اما إن اصر على إعراضه ، فقال الفقهاء : على الزوجة أن ترفع أمرها الى القاضي ليعزره وان أصر على عناده ونشوزه ورغبت هي بالبقاء معه ، فقال بعضهم : يأمر القاضي الزوجة بهجره فان لم يفد الهجر ضربه تعزيرا .

قال الدسوقي [1] : ان كان يضارّها بالهجر او الضرب او الشتم ، زجره الحاكم اذا رفعت أمرها اليه وأثبتت تعدي الزوج واختارت البقاء معه فانه يعظه اولا ان جزم بالافادة أو ظنها او شك فيها ، فان لم يفد ذلك ضرب ان جزم بالافادة وظنها .

وهناك طريقة أخرى : يعظه اولا فان لم يفد أمرها بهجره فان لم يفد ضربه والطريقتان على حد سواء . ولكن الظاهر الثانية : لان هجرها له فيه مشقة عليه بل ربما كان أضر عليه من الضرب .

وقال المواق[2] : وقالوا في الزوج أنه يسجن .

وقال الخرشي[3] : ان الزوج اذا كان يضار زوجته فلها أن ترفع أمرها الى الحاكم

---

(١) الدسوقي ٢/٤٠٢ .

(٢) المواق ٤/١٦ .

(٣) الخرشي ٣/١٤٧ .

فاذا أثبت عنده أنه يضارّها فانه يزجره عن ذلك ويكفه عنها ويقوم الحاكم بزجـــره باجتهاده كما كان يتولى الزوج زجرها حين كان الضرر منها . هذا اذا لم ترد التطليق .

وقال العدوى في حاشيته[1] : فان لم ينته أمرها بهجره ، فان لم يفد ضربه .

وجاء في نهاية المحتاج[2] : فلو منعها حقها كقسم ونفقة الزمه القاضي توفيته . فان أساء خلقه وأذاها بنحو ضرب بلا سبب نهاه من غير تعزير لان اساءة الخلق بين الزوجين تكثر والتعزير عليها يورث وحشة فاقتصر على نهيه رجاء ان يلتئم الحال بينهما .

فان عاد لايذائها عزره الحاكم بطلبها بما يراه .

وقال في مغنى المحتاج[3] : وانما لم يعرزه في المرة الاولى وان كان القياس جوازه اذا طلبته .

وقال الغزالي : يحال بينهما حتى يعود الى العدل ولا يعتمد قوله في العدول ، وانما يعتمد قولها وشهادة القرائن .

وجاء في تحفة المحتاج[4] : اجاب السبكي ومن تبعه بأن اساءة الخلق بين الزوجين تغلب والتعزيز عليها يورث وحشة ، فاقتصر على نهيه رجاء ان يلتئم الحال بينهم .

* * *

(١) حاشية العدوى على الخرشي ١٤٧/٣
(٢) نهاية المحتاج ٣٥/٦
(٣) مغنى المحتاج ٢٦١/٣
(٤) تحفة المحتاج ٤٥٧/٧

المطلب الثالث ـ الشقاق بين الزوجين لخطأ كل منهما

الحالة الثالثة من ظهور الشقاق الزوجي هو الشقاق من الزوجين او من احدهما دون أن يعرف من المسيء منهما .

والشقاق بين الزوجين مجلبة لاضرار كثيرة لا يقتصر أثرها على الزوجين بل يتعدى هذا الضرر الى اولادهما بل الى جميع افراد الاسرة لما ينشأ من بغض ونفور وعداوة لهذا شرع الاسلام نظام التحكيم بين الزوجين لايجاد حل لهذه المشكلة الزوجية التي نشأت نتيجة للشقاق بينهما أو اضرار احدهما بالاخر .

فاذا ظهر الشقاق بين الزوجين دون ان يعرف من هو المسبب في ذلك او اذا خيف الشقاق بينهما قبل حصوله[1] فقد جاء القرآن الكريم بعلاج ذلك بقوله فان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما .

وسنبحث نظام التحكيم بين الزوجين في الاسلام بايجاز ثم نتناول التفريق للشقـــاق والضرر .

اولا ـ نظـام التحكيم

سندرس ثلاث نقط في آية التحكيم :

١) من المخاطب بقوله تعالى : فان خفتم .

٢) من هم الحكمان وما هي شروطهما .

٣) ما هي مهمة الحكمين .

١ ـ من المخاطب بهذه الآية :

---

(١) قال ابن حجر في فتح الباري : يؤخذ من الآية ... العمل بسد الذرائع لان الله تعالى امر ببعثه الحكمين عند خوف الشقاق قبل وقوعه ٩/٣٣٢ .

أ ـ قال بعض المفسرين : ان المخاطب بقوله تعالى : ـ فان خفتم ... هو الحاكم ... فاذا عرف الحاكم ان شقاقا وقع بين زوجين فيجب عليه أن يرسل حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة للاصلاح بينهما لان الحاكم هو المكلف بالسهر على مصالح العباد ومن مصلحة المجتمع تقوية الاسرة بعدم ظهور الشقاق بين أفرادها .

قال الطبري ان المخاطب بذلك « السلطان الذي يرفع ذلك اليه لما روي عن سعيد بن جبير [1] ».

وجاء في تحفة المحتاج[2] : فان اشتد الشقاق الى الخلاف بعث القاضي وجوبا والمنازعة فيه مردودة بأن هذا من باب رفع الظلامات وهو من الفروض العامة والمتأكدة على القاضي حكما .

وقال الحطاب [3] : اذا اختلف الزوجان وخرجا الى ما لا يحل من المشاتمة كان على السلطان أن يبعث حكمين ينظران في أمرهما وان لم يرتفعا ويطلبا ذلك منه ، فلا يحل له أن يتركهما على ما هما عليه من المآثم وفساد الدين .

ب ـ وقال آخرون : انما المأمور هو الزوج والزوجة والخطاب موجه اليهما فاذا شعر الزوجان بسوء المعاشرة بينهما وخشيا استعمال الشقاق اختار كل منهما حكما للاصلاح ولمعرفة المخطىء منهما .

قال الجصاص ان المخاطب بذلك « ما روي عن السدّي أنه الرجل والمرأة [4] » .
وفي حاشية ابن عابدين[5] : وفي القهستاني عن شرح الطحاوي : السنة اذا وقع بين الزوجين اختلاف ان يجتمع أهلهما ليصلحوا بينهما فان لم يصطلحا جاز الطلاق والخلع .

---

(١) تفسير الطبري ٣١٨/٨

(٢) تحفة المحتاج ٤٥٧/٧

(٣) مواهب الجليل ١٦/٤

(٤) احكام القرآن للجصاص ٢٣٢/٢

(٥) حاشية ابن عابدين ٥٧٣/٢

اقتراح بجعل بعث الحكمين واجباً في كل نزاع عند كل طلاق :

من الواضح مما اسلفنا ان بعث الحكمين اذا خيف الشقاق بين الزوجين أمر واجب على ولي الأمر او على الزوجين للاصلاح بينهما . وليت الأمر تعدى ذلك الى ما هو أخطر من الشقاق الى ايقاع الطلاق ، فاشترط الشارع على كل زوج أراد ان يطلق زوجته أن يمر بهذه المرحلة مرحلة التحكيم وجوباً لعل في الأمر الذي دعاه الى الطلاق غموضاً يتضح له فيعدل عن قراره وليس في هذا ، حجراً على ارادته ولا على ما يريد ايقاعه ، بل كل ما في الأمر تأخير ايقاع الطلاق لقرار الحكمين فقد يصلا الى حل يرضاه وإلا طلق زوجته كما يريد .

ويقول استاذنا الجليل فضيلة الشيخ محمد ابو زهرة[1] :

قال جمهور الفقهاء : ان التحكيم واجب وجوباً حتمياً لا يصح التفريط فيه ، ومن يوم ان فرطنا فيه بدأ الكلام في شأن الطلاق .

ما هي شروط الحكمين ؟

يشترط في الحكمين التكليف والاسلام والعدالة وفهم المقصود من مهمتهما وكيفية ادائها [2] والا فلا يجوز بعثهما .

قال في معين الحكام[3] : « وكل من تقبل شهادته في أمر جاز ان يكون حكما فيه ومن لا فلا . والمرأة تصلح حكما » .

وقد اختلف الفقهاء في شرط كونهما من أهل الزوجين أم لا يشترط ذلك .

---

(١) شريعة القرآن ص ٣٦

(٢) قال في الشرح الكبير ١٧١/٨ ان الحكمين لا يكونان الا عاقلين بالغين عدلين مسلمين لان هذا من شروط العدالة سواء قلنا هما حاكمان او وكيلان .
وجاء في نهاية المحتاج ٤٦/٦ ويشترط في الحكمين : تكليف واسلام وحرية وعدالة واهتداء الى المقصود المبعوث من اجله .
وقال وفي الروضة البهية ١٣٣٢ ونشترط في الحكمين: البلوغ والعقل والعدالة والاهتداء الى ما هو المقصود من بعضهما .

(٣) معين الحكام ص ٢٧ .

قال فريق من الفقهاء : يشترط أن يكون الحكمان أحدهما من أهل الزوج والآخر من أهل الزوجة لأن الله ذكر ذلك في القرآن الكريم ، ولأن الأهل أعرف ببواطن الأمور وأقدر على معالجة المواقف من غيرهما ، اما اذا تعذر وجودهما من الأهل فيجوز أن يكونا من غيرهما .

قال ابن حزم[1] : واذا شجر بين الرجل وامرأته بعث الحاكم حكما من أهله وحكما من أهلها .

وذكر الدسوقي [2] : أنه لا يجوز بعث اجنبيين مع وجود الاهل .

وقال : وفي نقض حكم الاجنبيين مع وجود الاهل تردد ، الظاهر : النقض .

ولكن جمهور الفقهاء لم يشترط هذا الشرط وان كان الأولى فقالوا يجوز أن يكون الحكمان من غير الأهل وما جاء ذكر ذلك في القرآن الكريم انما كان على سبيل الاستحباب لا على سبيل الوجوب .

جاء في المغني[3] : « والأولى أن يكونا من أهلهما لأمر الله تعالى بذلك ولأنهما أشفق وأعلم بالحال فان كانا من غير أهلهما جاز لأن القرابة ليست شرطاً في الحكم ولا الوكالة فكان ذلك الأمر ارشاداً واستحباباً [4] » .

وقال في تحفة المحتاج : « أنه يسن أن يكون الحكمان من أهل الزوجة والزوج[5] » .

وجاء في الروضة البهية[6] : « ويجوز أن يكون الحكمان من غير الاهل لحصول الغرض به وكونهما من الأهل في الآية للاشارة الى ما هو الاصلح . وقيل يتعين كونهما من أهلهما عملاً بظاهر الآية ولأن الأهل أعرف بالمصلحة من الأجانب » .

---

(١) المحلى ٨٧/١٠
(٢) حاشية الدسوقي ٤٠٢/٢
(٣) المغني ١٧١/٨
(٤) وقد رجح ابن تيميه في الاختيارات العلمية ١٤٧ رواية عن احمد بوجوب ان يكون الحكمان من الاهل.
(٥) تحفة المحتاج ٤٥٧/٧
(٦) الروضة البهية ١٣٢/٢

مهمة الحكمين :

الأصل في ايفاد الحكمين أن يقوما ببذل جهدهما لإصلاح ما بين الزوجين بعد أن يعرف كل منهما سبب النزاع من صاحبه وما يتطلبه منه .

قال الفراء في قوله تعالى فابعثوا حكما من أهله ... حكما من أهل الرجل وحكما من أهل المرأة ليعلما من أيهما جاء النشوز[1] .

ثم يجتمع الحكمان ويقرران فيما بينهما ما يجب اتخاذه لعود الصفاء والمودة الى الزوجين ، فان وجدا ان الزوج مذنب حملاه المسؤولية وزجراه ، وما الى ذلك من طرق ووسائل لحمله الى الرجوع عن معاملته السيئة مع زوجته ، وان كانت الاساءة من الزوجة نصحاها أيضاً وخوفاها من جراء استمرارها بهذه المعاملة من عقوبة الله ، وان الله أمر الزوجين أن يراعيا ما فرضه على كل منهما تجاه الآخر ، ثم يأتمن الحكمان الزوجين على بعضهما بعد أن يتم الإصلاح بينهما .

أما اذا لم يتم الإصلاح بين الزوجين حيث لم يوفق الحكمان الى ذلك فهل يفـــرق الحكمان بين الزوجين ام تنتهي مهمتهما عند إخفاقهما دون أية نتيجة ؟ .

هنا اختلف الفقهاء قال فريق منهم يفرق الحكمان اذا لم يتوصلا الى الاصلاح فيما بين الزوجين .

وقال فريق آخر لا يفرق الحكمان لأن مهمتهما الاصلاح فقط .

ومن هذا الموضوع نشأ الخلاف بين الفقهاء حول جواز التفريق للشقاق والضرر بين الزوجين .

---

(١) معاني القرآن ١/٢٦٦ .

ثانيا ـ التفريق للشقاق والضرر بين الزوجين والخلاف فيه

قلنا ان الفقهاء اختلفوا فيما اذا قرر الحكمان التفريق بين الزوجين : هل يفرق بينهما أم أن مهمتهما الاصلاح فقط ولا يجوز لهما أن يفرقا بين زوجين الا اذا أذنا لهما بذلك .

قال فريق من الفقهاء ان مهمة الحكمين الاصلاح والتوفيق بين الزوجين وليس لهما التفريق الا اذا كانا وكيلين عن الزوجين بذلك .

ومن قال بهذا الرأي من التابعين : الحسن البصري ، وعطاء وقتاده واليه ذهب ابو حنيفة والشافعي في القول الثاني وابن حنبل في رواية والظاهرية والامامية .

وقال آخرون ان مهمة الحكمين ايجاد حل للشقاق الواقع بين الزوجين فإن تم الصلح بينهما والتوفيق وإلا فرقا بينهما لأنه لا يجوز ترك زوجين نشب الشقاق بينهما وتعذر عليهما الاصلاح دون علاج ، ولا علاج بعد هذه المحاولات الا التفريق بينهما .

قال هذا سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير ، والشعبي . واليه ذهب مالك والأوزاعي والشافعي في أحد قوليه وابن حنبل احدى الروايتين .

ومبنى الخلاف بين الرأيين ان الرأي الاول يعتمد على أن الحكم وكيل وليس للوكيل تجاوز ما وكل به فان وكل الزوجان الحكمين بالتفريق فرقا والا فمهمتهما الاصلاح فقط .

والرأي الثاني يقول ان الحكمين حاكمان ارسلهما القاضي لحل النزاع والحاكم يفعل ما يرى به المصلحة في حل النزاع اصلاحا او تفريقاً .

ولكن الجعفرية خالفوا ذلك وقالوا ان بعث الحكمين تحكيم لا توكيل ولكن ليس لهما حق التفريق .

من قال بعدم التفريق

الاحناف

قال الجصاص[1] : « قال أصحابنا : ليس للحكمين أن يفرقا إلا برضا الزوجين لأن الحاكم لا يملك ذلك فكيف يملكه الحكمان ، وإنما الحكمان وكيلان .

الشافعية :

وجاء في مغنى المحتاج[2] : « والحكمان وكيلان في الاظهر » .

الحنابلة :

جاء في المغنى[3] : « واختلفت الرواية عن أحمد في الحكمين ففي إحدى الروايتين عنه : انهما وكيلان لهما لا يملكان التفريق لهما إلا باذنهما » .

ويلاحظ ان ابن قدامه لم يجزم بترجيح احدى الروايتين ولم يبين المذهب منهما مما يدل على وجود خلاف في المذهب الحنبلي في صفة الحكمين .

غير أن صاحب الانصاف جزم بأن المذهب على ان الحكمين وكيلان فقال[4] : ان الصحيح من المذهب : ان الحكمين وكيلان عن الزوجين لا يرسلان إلا برضاهما وتوكيلهما .

---

(١) احكام القرآن للجصاص ٢/٢٣٣ وراجع فتح القدير ٣/٢٢٣

(٢) مغنى المحتاج ٣/٢٦١

(٣) المغني ٨/١٦٨ .

(٤) الانصاف ٨/٢٨٠ .

الظاهرية :

وفي المحلى[1] : « وليس لهما ان يفرقا بين الزوجين لا بخلع ولا بغيره » .

الجعفرية :

قال في مختلف الشيعة[2] : « الذي يقتضيه مذهبنا ان ذلك حكم ، لأنهم رووا ان لهما الاصلاح من غير استيذان ، وليس لهما الفرقة بالطلاق وغيره إلا بعد أن يستأذناهما ، ولو كان توكيلاً لكان ذلك تابعاً للوكالة بحسب شرطها » .

وقال والمشهور[3] : انه ليس للحكمين التفريق إلا باذن الزوجين .

وروى الحلبي عن الصـــادق قال : ليس للحكمين أن يفرقا حتى يستأمر الرجل والمرأة .

وقال في الروضة البهية[4] : وحيث كان تحكيماً فان اتفقا على الاصلاح بينهما فعلاه من غير مراجعة وان اتفقا على التفريق لم يصح إلا باذن الزوج في الطلاق ، واذن الزوجة في البذل ان كان خلعاً لأن ذلك هو مقتضى التحكيم .

وقال في المختصر النافع[5] : ولو اختلف الحكمان لم يمض لهما حكم .

* * *

---

(١) المحلى ٨٧/١٠ .

(٢) مختلف الشيعة س ٣٥ .

(٣) ما يقابل الرأي المشهور هو قول لابن حمزة : ينفذ الحاكم حكماً من اهله وحكماً من اهلها ليدير الامر فان جعل اليهما الاصلاح والطلاق انفذا ما راياه صلاحاً من غير مراجعة .

(٤) الروضة البهية ٢٣٣/٢ وتحرير الاحكام ٤٢/٢

(٥) المختصر النافع ٢١٥ .

أدلة من قال بعدم التفريق

١) ان مهمة الحكمين هي الاصلاح بين الزوجين كما نص بذلك القرآن الكريم بقوله: « ان يريد اصلاحاً يوفق الله بينهما ».

ولم يقل القرآن الكريم ان يريدا فرقة ... فايفاد الحكمين هو لوعظ الظالم من الزوجين واعلام الحاكم بذلك ليأخذ على يده[1].

٢) ما روي عن علي بن أبي طالب انه جاءه رجل وامرأة ومعهما جمع من الناس فسألهم علي عن شأنهما فقالوا بينهما شقاق فقال: فابعثوا حكماً من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحاً يوفق الله بينهما.

ثم قال للحكمين أتدريان ما عليكما؟ عليكما ان رأيتما ان تجمعا ان تجمعا وان رأيتما ان تفرقا ان تفرقا. فقالت المرأة رضيت بكتاب الله، وقال الرجل أما الفرقة فلا. فقال علي: كذبت والله لا تنفلت مني حتى تقرّ كما أقرت.

ووجه الاستدلال:

ان حكم الحكمين لا يكون إلا بتوكيل من الزوجين ورضا منهما ولهذا أمر على الزوج أن يقبل التحكيم، فلو لم يكن ذلك لما طلب علي منه الموافقة على التحكيم.

فدل هذا على ان الحكمين ليس لهما سلطة التفريق إلا بتفويض من الزوجين.

٣) ان في تفريق الحكمين سواء أكان ذلك طلاقاً بدون مال أوخلعاً على مال اخراج ملك من صاحبه بدون رضاه، وقد قال تعالى: « وآتوا النساء صدقاتهن نحله فان طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوا هنيئاً مريئاً ».

يقول الجصاص[2] فالقائل بأن للحكمين ان يخلعا بغير توكيل من الزوج مخالف

---

(١) تفسير الكشاف ٣٦٣/١

(٢) احكام القرآن للجصاص ٢٣٤/٢.

لنص الكتاب . قال الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » .

وفي هذا الاستدلال الأخير يقول استاذنا الجليل الشيخ محمد أبو زهرة [1] :

ولنا نظرة في هذا الاستدلال ، فإن قوامه ان أخذ المال من غير رضا المرأة دخل تحت عموم المنهي عنه من أخذ شيء من المهور وأكل أموال الناس بالباطل من غير تراض ، والحكمان ان اجيز لهما ذلك كان معارضة لذلك النص من غير دليل من أصول الإسلام عليه .

ونرد ذلك : بأن الذين يقولون ان للحكمين ذلك الحق إنما يستمدون ذلك من فهمهم للقرآن ، وان نصه يجعل للحكمين حق التفريق . ثم ان الخلع الذي يحكم به الحكمان انما يكون عندما يتبين لهما ان الاساءة من جانب الزوجة ، وانها ظالمة للرجل ، وانها تنغص عليه حياته الزوجية وتجعلها جحيماً لا رحمة تطفئها ، فكان من العدل رد ماله الذي غرمه . **ورد المال الى صاحبه لا يعد اكلا لمال الناس بالباطل ، ورفع الغبن عن مظلوم قدم ماله رجاء حياة زوجية يفكه في نعيمها ، فيصلى بنار فيها ، لا يحتاج الى رضاها ، لان رفع الظلم واجب ، طابت نفس الظالم او لم تطب .**

٤) ويستدلون أخيراً بأن سلطة الحكمين في التفريق لا أصل لها لأن ذلك إما أن يكون مستمداً من الحاكم أو من الزوجين فان كانت مهمتهما مستمدة من الحاكم فالحاكم نفسه لا يملك حق التفريق وان كانت من الزوجين فلا تصح بدون توكيل .

هذا الاستدلال قال به الأحناف بناء على نظريتهم في هذا الموضوع بأن القاضي لايملك حق التفريق وهي حجة غير مسلم بها حتى مع الذين قالوا برأي الاحناف في موضوع التحكيم فضلاً عن ان الحجج يجب أن تكون مسلماً بها من الطرفين ، والطرف الآخر يعطي القاضي سلطة التفريق بين الزوجين في حالات متعددة .

---

(١) مجلة القانون والاقتصاد س ٧ ع ٦ ص ٩٨٠ .

من قال بالتفريق للشقاق والضرر

ذهب المالكية وأحمد بن حنبل في رواية وقول للشافعي على ان للحكمين أن يفرقا بين الزوجين ان عجزا عن الاصلاح بينهما .

المالكية :

قال الخرشي[1] : المشهور[2] : ان الحكمين طريقهما الحكم لا الوكالة ولا الشهادة ولو كانا من جهة الزوجين فاذا حكما بطلاق ولو خلعا نفذ ولا يحتاج إلى مراجعة حاكم البلد ولا إلى رضا الزوجين .

الحنابلة :

وقال في المغني[3] : والرواية الثانية : انهما حاكمان ومهمتهما أن يفعلا ما يريان من جمع وتفريق بعوض وغير عوض ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين ولا رضاهما .

وقال في الشرح الكبير[4] : وان قلنا انهما حكمان فانهما يمضيان ما يريانه من طلاق أو خلع فينفذ ذلك عليهما ، رضياه أو أبياه .

وهذه الرواية اختارها ابن تيمية وابن القيم وعدد كبير من فقهاء الحنابلة .

جاء في الانصاف[5] : وعنه (الإمام أحمد) ان الزوج ان وكل في الطلاق بعوض أو غيره ، أو وكلت المرأة في بذل العوض برضاهما ، والا جعل الحاكم اليهما ذلك .

---

(١) الخرشي ٣/١٤٨ منح الجليل ٢/١٧٧ مواهب الجليل ٤/١٧ القرطبي ٥/١٧٤

(٢) يقابله قول في المذهب المالكي ان الحكمين وكيلان حاشية الدسوقي ٢/٤٠٣ .

(٣) المغني ٨/١٦٨ .

(٤) الشرح الكبير ٨/١٧٢ .

(٥) الانصاف ٨/٣٨١ .

فهذا يدل على أنهما حكمان يفعلان ما يريان : من جمع أو تفريق بعوض ، أو غيره من غير رضا الزوجين .

قال الزركشي : وهو ظاهر الآية الكريمة . واختاره ابن جعبره . والشيخ تقي الدين رحمهما الله .

وهو ظاهر كلام الخرقي[1] .

الشافعية :

جاء في مغنى المحتاج[2] : وفي قول هما حاكمان ... وعلى هذا فلا يشترط رضا الزوجين ببعثهما ويحكمان بما يرياه من الجمع والتفريق .

وفي المهذب[3] : وقال في القول الآخر : هما حاكمان فلهما أن يفعلا ما يريان من الجمع أو التفريق بعوض وغير عوض[4] .

* * *

---

(١) المحرر ٢/٤٤

(٢) مغني المحتاج ٣/٢٦١ .

(٣) المهذب ٢/٧٤ .

(٤) نهاية المحتاج ٦/٣٨٥

ادلة من قال بالتفريق

١) ان الله تعالى حين قال : « فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها » دل على أنهما حكمان ولو كانا وكيلين لقال ابعثوا وكيلاً عن الزوجة ووكيلاً عن الزوج ، ولهذا لا يعتبر رضا الزوجين ، لأن الحكم يحكم بما يراه من المصلحة فان وفق الحكمان إلى الاصلاح كان خيراً والا فلهما التفريق بين الزوجين[1] .

وقد ذكر الله الاصلاح في القرآن الكريم ولم يذكر الفرقة لأنه الافضل وليسعى الحكمان للوصول اليه ، فليس معنى ذلك الاقتصار عليه بحيث لا يباح غيره .

٢) اخرج الطبري في تفسيره[2] : عن ابن عباس في الحكمين انه قال : فان اجتمع امرهما على ان يفرقا أو يجمعا فأمرهما جائز .

٣) ما روى عن عقيل بن أبي طالب انه نشأ بينه وبين زوجته شقاق وكانت من بني أمية فبعث عثمان رضي الله عنه حكماً من أهله ، وهو ابن عباس رضي الله عنه وحكماً من أهلها وهو معاوية رضي الله عنه ، لأن الحكمين من أهلهما أعرف بالحال ، وقال لهما : ان رأيتما ان تفرقا فرقتما .

٤) ان الله أمر الزوج بقوله : « فامساك بمعروف أو تسريح باحسان ، فاذا حصل الشقاق تعين التسريح ، لأنه وقع النفور والنشوز بين الزوجين وحاول الحكمان الاصلاح فلم يصلا إلى نتيجة لذلك وجب التفريق ولو بدون رضا الزوجين .

٥) ان التفريق لدى القاضي ثبت في الشرع في عدة حالات كالعيوب مثلاً وهذا متفق عليه ، فالقاضي اذ يرسل الحكمين إنما يستمدان سلطتهما منه لأنه يملك التفريق

---

(١) المهذب ٢/٧٤ .

(٢) تفسير الطبري ٨/٣٢٤ .

فاذا ما فرقا كان ذلك نيابة عن القاضي .

قال ابن حجر في فتح الباري[1] : — فلما كان المخاطب بذلك الحكام وان الارسال اليهم دل على ان بلوغ الغاية من الجمع أو التفريق اليهم .

وبما ان القاضي بعثهما لتحقيق العدالة بين الزوجين فكما ان العدالة تكون بالاصلاح بينهما، قد تقتضي العدالة التفريق بينهما، وليس من العدالة عدم التفريق بينهما وليس من العدالة أن يقبل القاضي حكم الاصلاح ولا يقبل حكم التفريق .

فاذا ما قرر التفريق وجب على الحاكم تنفيذ ذلك .

يقول ابن القيم في زاد المعاد[2] : والعجب كل العجب من يقول هما وكيلان لا حاكمان والله تعالى قد نصبهما حكمين وجعل تنصيبهما إلى غير الزوجين ولو كانا وكيلين لقال : فليبعث وكيلاً من أهله ولتبعث وكيلاً من أهلها . وأيضاً لو كانا وكيلين لم يختصا بأن يكونا من الأهل . وأيضاً فانه جعل الحكم اليهما فقال : ان يريدا اصلاحاً يوفق الله بينهما ، والوكيلان لا ارادة لهما انما يتصرفان بارادة موكليهما .

ويقول ابن القيم : الوكيل لا يسمى حكماً في لغة القرآن ولا في لسان الشارع ولا في العرف العام ولا الخاص .

* * *

(١) فتح الباري ٩/٣٣٢ .
(٢) زاد المعاد ٤/٣٣ .

رأينا في التفريق للشقاق بين الزوجين

ان الحكمين بعد أن عرفا المشكلة القائمة بين الزوجين التي استعصى حلها عليهما ، ولم يستطع الحكمان التوفيق بينهما ، كان هذا دليلاً على استحالة الحياة الزوجية إلا في جحيم لا يطاق تأباه كرامة الانسان

وإذا كان في بعث الحكمين تحقيق مصلحة للزوجين والاسرة باصلاح ذات بينهما فكذلك يبدو من المصلحة أيضاً ــ ان تعذر الاصلاح ان يكون ــ التفريق بينهما .

لأن الغاية من الاصلاح هو عود الصفاء إلى البيت والمودة إلى القلوب وهذا لم يتحقق ، بل كان الصفاء والمودة في التفريق بينهما تحققت غاية الاصلاح عن طريق آخر : قال تعالى : « وان تفرقا يغن الله كلاً من سعته . »

والخلاصة : فان التفريق للشقاق أو للضرر كما يسميه المالكية هو في الحالة التي يشكو منها أحد الزوجين للقاضي سوء معاشرة صاحبه له فينظر في أمرهما فاما ان يصلح وا ما أن يفرق .

والتطليق للضرر بشكله الواسع انفرد به المذهب المالكي بتفصيلات وشروح واسعة يعطي الحق لأحد الزوجين في رفع أمره للقاضي اثر كل نزاع زوجي عجز عن اصلاحه بنفسه أو إثر أي ضرر اصابه من شريكه ، بشكل يعطي للحياة الزوجية التعادل والتكافؤ بين ربانيها بحيث لا تطغى سلطة الرجل على سلطة المرأة ولا سلطة المرأة على سلطة الرجل .

وسنبحث في هذا المذهب أهم المبادئ العامة في هذا النظام باعتباره المذهب الذي استمدت منه نصوص قوانين البلاد العربية مواد التفريق للشقاق والضرر بين الزوجين .

التفريق للضرر في المذهب المالكي

إذا اشتكى أحد الزوجين من صاحبه ضرراً ورفع أمره إلى القاضي فان أثبت الضرر المشكو منه وطلب البقاء مع زوجه زجر القاضي الزوج الآخر وضرره بما فيه الفائدة، أما ان طلب الفراق فعلى القاضي أن يفرق بينهما .

أما إذا لم يثبت الضرر وأصر المدعي على شكواه بعث القاضي الحكمين للاصلاح بين الزوجين فان تعذر عليهما ذلك فرقا بينهما ، إما على مال إن كان الضرر من الزوجة أو بدونه إن كان من الزوج .

ولا حد للضرر بل يخضع لتقدير القاضي حيث يراعى ظروف الزوجين وبيئاتهما فليس كل فعل أو قول مما يعتبر ضرراً في بيئة يعد ضرراً في بيئة أُخرى .

ولا يشترط تكرر الضرر للحكم بالتفريق ان كان الضرر فاحشاً ، اما ان كان خفيفاً أو كان أمراً يسيراً يحدث عادة كثيراً بين الازواج فيشترط تكراره .

ويشترط بقاء الضرر حتى قيام الدعوى اما إذا رضي احدهما بعد وقوع الضرر فيسقط حقه بالمطالبة بالتفريق لأجله .

قال المواق[1] : شقاق الزوجين ان ثبت فيه ظلم احدهما حكم القاضي بدرء ظلم الظالم منهما .

وقال المتيطى : إذا اشتكت المرأة اضرار زوجها بها ورفعت إلى الحاكم أمرها ، وتكررت الشكوى وعجزت عن اثبات الدعوى فان الحاكم يأمر زوجها باسكانها بين قوم صالحين ويكلفهم تفقد خبرهما واستعلام ضررهما ، فان كانت ساكنه معه في مثل هؤلاء القوم لم يلزم نقلها إلى غيرهم » .

---

(١) شرح المواق ٤/١٦ .

وقال المواق : « ولا أذكر من قال انها تسجن وقد قالوا في الزوج أنه يسجن » .

وهل يشترط لبعث الحكمين تكرر الشكوى ؟.. في المذهب قولان :

قال المتيطي : إذا عمي على الإمام خبرهما وطال عليه تكررهما ولم يتبين له من الظالم منهما بعث حكمين .

وقال ابن عرفه : في بعث الحكمين بمجرد تشاجر الزوجين وشكوى احدهما الآخر ، ولا بينة ان تكررت شكواهما بعثهما لهما .

وجاء في مواهب الجليل[1] : قال ابن فرحون : **من الضرر قطع كلامه عنها وتحويل وجهه في الفراش عنها ، وايثار امرأة عليها ، وضربها ضرباً مؤلماً .**

وقال الخرشي[2] : « إذا ثبت بالبينة عند القاضي ان الزوج يضار زوجته وهي في عصمته ولو كان الضرر مرة واحدة فالمشهور انه يثبت للزوجة الخيار فان شاءت اقامت على هذه الحالة وان شاءت طلقت نفسها بطلقة واحدة بائنة لخبر لا ضرر ولا ضرار ... ومن الضرر قطع كلامه عنها وتحويل وجهه عنها وضربها ضرباً مؤلماً . »

وفي شرح الدردير[3] : — ولها التطليق على الزوج بالضرر وهو ما لا يجوز شرعاً كهجرها بلا موجب شرعي وضربها كذلك وسبها وسب أبيها نحو يا بنت الكلب يا بنت الكافر ... كما يقع كثيراً من رعاع الناس . ويؤدب على ذلك زيادة على التطليق .

وقال : ومتى أشهدت ببينة بأصل الضرر فلها اختيار الفراق ولو لم تشهد البينة بتكرره وهل يطلق الحاكم أو يأمرها به ثم يحكم ؟.. قولان .

وقال : وعلى الحكمين وجوباً الاصلاح بين الزوجين بكل وجه أمكن فان تعذر الاصلاح نظرا :

١) فان أساء الزوج عليها طلقا عليه بلا مال يأخذانه منها له لظلمه .

---

(١) مواهب الجليل ٤/١٧ .

(٢) شرح الخرشي ٣/١٤٩ .

(٣) الدردير علي خليل ٢/٤٠٤ .

٢) وبالعكس ان كانت الاساءة منها فقط ائتمناه عليها وأمراه بالصبر وحسن المعاشرة أو خلعا له بنظرهما في قدر الخالع به ، ولو زاد على الصداق ان أحب الزوج الفراق ، **او علما انها لا تستقيم معه .**

٣) وان أساءا معاً أي حصلت الاساءة من كل ولو غلبت من أحدهما على الآخر ، فهل يتعين عند العجز عن الاصلاح الطلاق بلا خلع ، ان لم ترض بالمقام معه ؟ .. أو لهما أن يخالعا بالنظر على شيء يسير منها له ؟.. تأويلان .

وقال : واتيا الحاكم ان شاءا فأخبراه بما فعلا ونفذ حكمهما وجوباً .

لكن العدوي قال في حاشيته [1] : وان اساءا أي ولم تكن اساءة الزوج أشد ، والا فكأساءته . ولا اساءة المرأة أشد ، والا فكأساءتها .

وجاء في البهجة في اثبات الضرر[2] : ان ضرر أحد الزوجين للآخر يثبت بأحد أمرين : إما شهادة عدلين فأكثر بمعاينتهم إياها لمجاورتهم للزوجين أو لقرابتهم منهما ونحو ذلك . وإما بالسماع الفاشي المستفيض على ألسنة الجيران من النساء والخدم وغيرهما بأن فلاناً يضر بزوجته بضرب أو شتم أو تجويع أو عدم كلام أو تحويل وجهه عنها في فراشه .

وفي كمية الضرر : قال مالك : وليس عندنا في كمية الضرر وكثرته شيء معروف .

قيام الضرر حتى الدعوى :

وقال التسولي : ولا بد أن يضمن الشهود في الوجهين انهم لا يعلمون ان المضر منهما رجع عن الاضرار بصاحبه وأقلع عنه وإلا لم تعمل . فان ادعى الزوج انها مكنته من نفسها بعد قيامها بالضرر وصدقته سقط حقها كانت جاهلة أو عالمة .

* * *

---

(١) حاشية العدوى ١٤٩/٣ .

(٢) البهجة ٣٠٢/١ .

الطلاق بيد الحاكم او بيد المرأة نيابة عنه :

وقال[1] : ان الطلاق بيد الحاكم فهو الذي يتولى ايقاعه ان طلبته الزوجة وامتنع منه الزوج ، وان شاء الحاكم أمرها أن توقعه ، فعلى هذا القول لا بد أن يوقعه الحاكم أو يأمرها به فتوقعه وإذا أمرها به فهي نائبة عنه في الحقيقة كما انه هو نائب عن الزوج شرعاً حيث امتنع عنه .

وقال[2] : لا بد من تكرار الضرر حيث كان امراً خفيفاً فإن كان ضرباً فاحشاً كان لها التطليق به ولو لم يتكرر .

ومن هذه النصوص نستطيع أن نستخلص المبادئ العامة للتطليق للضرر في المذهب المالكي :

١) المساواة بين الرجل والمرأة في طلب التفريق للضرر .

٢) لا حدود للضرر الموجب للتفريق بل يخضع لتقدير وظروف كل من القاضي والزوجين .

٣) لكل من الزوجين إن تمسك بالحياة الزوجية ان يطلب من القاضي تعزير الطرف الآخر بما يراه ، وذلك لاخلاله بواجباته الزوجية أو اضراره به أو سوء معاشرته له .

٤) إذا أثبت المدعي بشكواه اضرار الآخر به وطلب التفريق وعجز القاضي عن الاصلاح بينهما وجب التفريق .

٥) إذا لم يثبت المدعي اضرار زوجه به أو عجز القاضي عن الاصلاح بينهما بعث حكمين من أهله ومن أهلها .

٦) مهمة الحكمين الاصلاح بين الزوجين فإن تعذر عليهما ذلك ، فرّقا بخلع ان كان الخطأ من الزوجة أو بدونه ان كان من الزوج . ولا يجوز أن يترك الزوجان دون توفيق أو تفريق . أما إذا لم يصل الحكمان إلى قرار معين فللقاضي أن يحكم غيرهما أو أن يفصل

(١) البهجة ٣٠٥/١ .

(٢) المصدر السابق ٣٠٦/١ .

بين الزوجين فيما يراه يوافق المصلحة .

٧) والضرر كما يكون بعد الدخول يكون قبل الدخول أيضاً[١] .

٨) إذا امتنع الزوج عن الطلاق ، طلق القاضي عنه ، أو كلف الزوج بطلاق نفسها .

* * *

وفي هذا اعطاء الحرية الكاملة المطلقة للمرأة في أن تعيش زوجة مع من تحب وتفارق من تحب ، فليس في الإسلام اكراه ولا ضرر ، فالزوجة إذا لم ترغب بالمعيشة الزوجية المشتركة فلها أن تطلب التفريق من القاضي على أن تكون هناك أسباب معقولة يقدّرها القاضي لا نتيجة طيش ونزعة هوى ، فإن الاسرة يجب ألا تنهار لمجرد رغبة طائشة أو تصرف خاطئ .

* * *

(١) قلنا فيما سبق ان مذهب احمد يتسع للتفريق للضرر وفي هذا المعنى اي الضرر قبل الدخول قال احمد في رواية ابن منصور في رجل تزوج امرأة لم يدخل بها يقول غدا ادخل بها الى شهر يجبر على الدخول ... قال : اذهب الى اربعة اشهر ان دخل بها والافرق بينهما . فجعله احمد كالمولى الشرح الكبير ١٣٩/٨ .

الفــرع الثاني

التفريق للشقــاق والضرر

في قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية

المطلب الاول : نصوص القوانين

نصت معظم قوانين البلاد العربية على التفريق للشقاق والضرر وعلى نظام التحكيم بين الزوجين . إلا أن بعض القوانين أعطت حق طلب التفريق للزوجة فقط دون الزوج ، باعتباره يملك حق الطلاق ، وبعضها أعطت هذا الحق لكل من الزوجين ، كما ان بعض القوانين اشترطت أن يكون الضرر المشكو منه بما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية وبعض القوانين لم تشترط ذلك .

وهناك أيضاً خلاف في القوانين العربية حول سلطة الحكمين هل يملكان التفريق أم الاصلاح فقط .

فالقانون اللبناني :

أعطى حق طلب التفريق لكل من الزوجين ، ولم يشترط في الضرر أن يبلغ حد عدم استطاعة العشرة الزوجية .

جاء في م ١٣٠ : إذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين وراجع أحدهما الحاكم ، فالحاكم يعيّن من عائلة الطرفين حكماً ، وإذا لم يوجد شخص لتعيينه حكماً من عائلة الطرفين أو أحدهما أو وجد لكن غير حائز أوصاف الحكم يعين من يناسبهم من الخارج ومجلس العائلة المتشكل على هذه الصورة يدقق افادات ومدافعات الطرفين ويجتهد في

اصلاح ذات البين ، وإذا لم يكن الاصلاح فإن كان القصور من جهة الزوج يفـــرق الحاكم بينهما ، وإن كان من جهـــة الزوجة يجري المخالعـــة على اتمام المهر أو على قسم منه .

م ١٣١ : الحكم الصادر بالتفريق بموجب المواد السابقة يتضمن الطلاق البائن .

اما القانون المغربي :

فقد أعطى للزوجة فقطحق طلب التفريق على أن يكون الضرر لا يستطاع معه دوام العشرة وكذلك فإنه أعطى القاضي صلاحية التفريق متى ثبت الضرر دون الرجـــوع إلى التحكيم .

جاء في الفصل السادس والخمسون :

١) إذا ادعت الزوجة على زوجها اضراره بها بأي نوع من أنواع الضرر الـــذي لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما وثبت ما ادعته ، وعجز القاضي على الاصلاح بينهما طلقها عليه .

٢) إذا رفض طلب التطليق وتكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين لسداد بينهما .

والقانون التونسي :

أعطى لكل من الزوجين حق طلب التفريق دون أن يحدد للضرر شكلاً معيناً كما انه قصر مهمة الحكمين على الاصلاح .

جاء في الفصل ٢٥ : إذا شكا أحد الزوجين من الاضرار به ولا بينة له واشكل على الحاكم تعيين الضرر بصاحبه ، يعين حكمين . وعلى الحكمين أن ينظرا ، فإن قدرا على الاصلاح أصلحا ويرفعان الأمر إلى الحاكم في كل الأحوال .

اما القانون العراقي :

فانه أعطى لكل من الزوجين الحق في طلب التفريق ولكنه منع القاضي من التطليق ولو ثبت الضرر قبل بعث الحكمين .

م ١/٤٠ إذا ادعى أحد الزوجين اضرار الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة ، أو ادعى قيام شقاق بينهما جاز له أن يطلب من القاضي التفريق .

٢) على القاضي قبل اصدار الحكم بالتفريق أن يعين حكماً من أهل الزوجة وحكماً من أهل الزوج للنظر في اصلاح ذات البين ان وجدا فإن تعذر وجودهما طلب القاضي إلى الزوجين انتخاب حكمين غيرهما فإن لم يتفقا على ذلك انتخبهما القاضي .

٣) على الحكمين أن يجتهدا في الإصلاح فإن تعذر عليهما ذلك رفعا الأمر إلى القاضي موضحين له الطرف الذي ثبت لهما أنه المقصر ، فان اختلفا ضم اليهما القاضي حكماً ثالثاً .

٤) إذا ثبت للقاضي اضرار أحد الزوجين بالآخر واستمرار الشقاق بينهما وعجز عن اصلاحهما وامتنع الزوج عن التطليق فرق القاضي بينهما ويسقط المؤجل من المهر ان كان التقصير من جانب الزوجة . فإذا كانت الزوجة قد قبضت جميع المهر يحكم عليها برد ما يزيد على نصف المهر للزوج .

م ٤٢ : التفريق بسبب الضرر والشقاق يعتبر طلاقاً بائناً ببينونة صغرى .

وذهب القانونان المصري والأردني إلى اعطاء حق التفريق للزوجة إذا أضرَّ بها ، ضرراً لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما . غير أن الأردني يختلف عن المصري بأنه لم يعط القاضي حق التفريق ولو ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح قبل أن يبعث الحكمين .

ونص القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ :

م ٦ : إذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر ، بعث القاضي حكمين على الوجه المبين بالمواد التالية :

م ٧ : يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين ان أمكن وإلا

فمن غيرهم ممن له خبرة بحالهما وقدرة على الاصلاح بينهما .

م ٨ : على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما في الاصلاح فإن أمكن على طريقة معينة قرراها .

م٩ : إذا عجز الحكمان من الإصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو منها أو جهل الحال قررا التفريق بطلقة بائنة .

م ١٠ : إذا اختلف الحكمان أمرهما القاضي بمعاودة البحث فان استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما .

م ١١ : على الحكمين أن يرفعا إلى القاضي ما يقررانه وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه.

والقانون الاردني :

نص في المادة ٩٦ ف ١ : إذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق ، وحينئذ على القاضي بعد التثبت من النزاع والشقاق وعجزه عن اصلاح بينهما بعث حكمين ...

ف حـ : إذا عجز الحكمان عن الاصلاح وكانت الاساءة من الزوج قررا التفريق بلا عوض بطلقة بائنة وإن كانت الاساءة منهما أو جهل الحال فرقا بينهما على قسم من المهر بنسبة اساءة كل منهما ، وان كانت الاساءة من الزوجة فقط قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريان من المناسب أخذه من الزوجة ، وعليهما أن يؤمّنا دفع العوض قبل الطلاق .

م ٧٧ : الحكم الصادر بالتفريق يتضمن الطلاق البائن .

وأما في السودان فقد جاء في المنشور الشرعي رقم ١٧ لسنة ١٩١٥ :

م ١٤ : إذا شكت المرأة تكرار الضرر من زوجها بضرب أو سب أو غير ذلك مما لا يستطاع معه دوام العشرة عادة لأمثالهما ولا يجيزه الشرع وثبت ذلك على الزوج ببينة (هي رجلان) أو اعتراف منه وطلبت الطلاق لذلك أجابها القاضي اليه وطلقها طلقة بائنة تملك بها أمر نفسها .

م ١٥ : إذا تشاق الزوجان وتعددت شكوى الزوجة من ضرر الزوج إياها بدون حق

شرعي ولم تستطع اثبات ذلك بعث القاضي حكمين واحداً من أهله وواحداً من أهلها إن أمكن والأفضل أن يكونا جارين ، فان لم يمكن ذلك بعث أجنبيين ، ويشترط أن يكون الحكمان عدلين عالمين بأحكام النشوز فان لم يكونا عالمين علـّمهما القاضي ذلك .

يبدأ الحكمان بالصلح بين الزوجين بكل وجه أمكنهما لدوام الالفة وحسن العشرة ، فان استطاعا ذلك ووفق الله بينهما بيّنا لهما الطريق ورفعا الأمر إلى القاضي ليقر ما اتفقا عليه ويأمر الزوجين بحسن العشرة ، وان تعذر الاصلاح فان تحقق الحكمان ان الاساءة من الزوج طلقا عليه طلقة بائنة بلا مال ، وان تحققا ان الاساءة من الزوجة وأحب الزوج الفراق ، أو علما انه لا يستقيم لهما حال ، طلقا عليه بمال من الزوجة يقررانه بنظرهما ، وان كانت الاساءة منهما أو جهل الحال طلقا عليه بلا مال طلقة بائنة وأتيا الحاكم وأخبراه بما فعلاه ووجب عليه تنفيذ حكمهما .

ونلاحظ في التشريع السوداني الملاحظات التالية :

١ ــ ان المشرع اشترط تكرار الضرر من الزوج بما لا يستطاع به دوام العشرة الزوجية عادة وهذا مخالف للمشهور في المذهب المالكي من وجهين :

ا ــ لم يشترط فقهاء المالكية تكرار الضرر ، فالمشهور من أقوالهم كما جاء في كتبهم ان الضرر ، ولو مرة واحدة ، يكفي للحكم بالتفريق ان تعذر الاصلاح . والرأي الثاني انه يشترط تكرار الضرر ، ويمكن الجمع بين الرأيين وفق ما جاء في كتاب البهجة [١] ان الضرر إن كان جسيماً يكفي وقوعه مرة واحدة ، وإن كان خفيفاً لا بدّ من تكراره .

ب ــ لم يشترط فقهاء المالكية بالضرر أن يكون بما لا يستطاع به دوام الحياة الزوجية بل على العكس قالوا : ومن الضرر قطع كلامه عنها وتحويل وجهه عنها[٢] ولعل وجهة نظر المشرع السوداني تضييق دائرة الطلاق .

---

(١) البهجة ٣٠٦/١ .
(٢) شرح الخرشي ١٤٩/٣ .

٢ ـ ان الضرر كما يكون مادياً قد يكون معنوياً وحسناً ما ذهب اليه المشرع السوداني إذ رب ضرر معنوي أشد ايلاماً من الضرر المادي ، وهذا ما يتفق مع المذهب المالكي وروح التشريع .

٣ ـ إذا ثبت الضرر لدى القاضي ببينة أم باعتراف الزوج طلق القاضي دون تحكيم ، وان كنا نرى وجوب التحكيم في كل خلاف زوجي اذ لعلّ بالتحكيم هذا تزول أسباب الجفاء بين الزوجين .

٤ ـ لم يعط المشرع السوداني الحق بالحكم بالتعويض لأحد الزوجين إذا كانت الاساءة منهما معاً ، وهذا على خلاف ما نص عليه فقهاء المالكية حيث قالوا : وان اساءا اي ولم تكن اساءة الزوج أشد وإلا فكأساءته . ولا اساءة المرأة أشد وإلا فكأساءتها .. وهنا لا يمكننا أن نحمل ارادة المشرع على جهل تقدير الاساءة بدليل العطف الصريح بقوله : « أو جهل الحال » فجهالة الحال غير الاساءة المشتركة .

٥ ـ ان قرار الحكمين بالتفريق قرار ملزم للقاضي ، ويقع به طلقة واحدة بائنة .

اما القانون السوري :

فقد أعطى حق التفريق لكل من الزوجين غير انه نص على ان الضرر يجب أن يكون أيضاً بما لا يستطاع معه دوام العشرة ، وأعطى الحكمين سلطة التفريق أيضاً ان تعذر الاصلاح بينهما .

م ١١٢ ف ١ : إذا ادعى أحد الزوجين اضرار الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق .

٢) إذا ثبت الاضرار وعجز القاضي عن الاصلاح فرق بينهما ويعتبر هذا التفريق طلقة بائنة .

٣) إذا لم يثبت الضرر أو كان المدعى الزوج يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن شهر أملاً بالمصالحة فان أصر المدعى على الشكوى ولم يتم الصلح عين القاضي حكمين من أهل الزوجين والا فمن يرى القاضي ان له قدرة على الاصلاح بينهما ...

ويرى استاذنا الجليل الدكتور مصطفى السباعي في شرحه قانون الاحوال الشخصية السوري ص ١٧٦ ان في الفقرة الأولى خطأ ، والصواب : إذا ادعت الزوجة بدليل ما جاء في الفقرة الثالثة : إذا لم يثبت الضرر أو كان المدعي الزوج .

على اني أرى أنه يمكن تفسير النص دون تصحيح فيه إذا قلنا ان المشروع أوجب على القاضي تأجيل المحاكمة في حالتين :

ا ـ إذا كان المدعي الزوج سواء ثبت الضرر أو لم يثبت وذلك أملاً بالصلح بين الزوجين .

ب ـ إذا لم يثبت الضرر لدى القاضي سواء أكان المدعي الزوج أم الزوجة .

ملاحظات على مواد التفريق للشقاق والضرر

١) أجازت معظم القوانين العربية للزوجة فقط أن تطلب التفريق للضرر والشقاق ، وبعض القوانين أعطت هذا الحق لكل من الزوجين .

وفي رأينا انه لا مبرر للتفرقة بينهما فالضرر كما يكون من الزوج يقع أيضاً من الزوجة ولا يكفي للرد على ذلك ان الزوج يملك الطلاق بل يجب أن تدفع الزوجة ثمن مشاكستها إذا ما تبين انهـــا هي التي تضر الزوج وذلك عن طريق المخالعة إذا مـــا قرر ذلك الحكمان .

٢) اشترطت أكثر القوانين العربية بالضرر أن يكون مما لا يستطاع معه دوام العشرة بين الزوجين .. وهذا الشرط لم أجده في كتب المالكية وقد يكون للمشرع عذره في ذلك إذ لا يجوز أن يكون أقل ضرر سبباً لطلب الطلاق . ولو استبدل النص بعبارة أخف قليلاً لكان في رأيي أقرب إلى المصلحة وإلى المصدر التاريخي لهذه المواد وهو المذهب المالكي .

٣) وكذلك فقد اختلفت القوانين العربية في سلطة الحكمين هي هل هي للتفريق إذا تعذر الاصلاح أم هي للاصلاح فقط . ونحن نرى أن سلطة الحكمين هي للاصلاح أولاً فان تعذر ذلك وجب التفريق لانه لا يجوز أن تترك الحياة الزوجية مليئة بالشقاق والضرر دون حـــل .

٤) اجازت بعض القوانين للقاضي التفريق بين الزوجين اذا ما ثبت الضرر المشكو منه دون بعث حكمين . ولكننا نرى أنه يجب بعث الحكمين في كل نزاع زوجي ، ولا يجووز للقاضي ولو ثبت لديه الضرر ان يحكم بالتفريق قبل أن يبعث الحكمين فلعل في ذلك رجاء اصلاح بين الزوجين أو ان اموراً لم ير احد الزوجين من المصلحة اذاعتها امام القاضي ، فيشرح اسبابها امام الحكمين .

٥) يلاحظ ان القانون المصري سكت عن الحالة التي تبين للحكمين فيها ان الاساءة من الزوجة فقط وهذا قد يتلائم مع ما منحه المشروع المصري للزوجة دون الزوج حق طلب التفريق للشقاق ولكن لا يتلائم مع المصدر التاريخي لهذه المواد وهو المذهب المالكي .

اما القوانين التي اعطت الحق لكل من الزوجين بطلب التفريق فقد منحت الحكمين سلطة التفريق على مال اذا ما كانت الاساءة من الزوجة فقط .

ومن القوانين التي اعطت الحق للزوجة فقط في طلب التفريق واعطت الحكمين حق المخالعة ولو كانت الاساءة من جانب الزوجة فقط هو القانون الاردني .

ولا يسعنا امام سكوت القانون المصري عن حالة اساءة الزوجة فقط إلا ان نتساءل هل ترد الدعوى ؟ .. ام نعود الى المصدر لهذه المواد ؟ ..

يقول استاذنا الدكتور مدكور[1] : « فاذا ثبتت الاساءة من جهتها رفضت دعواها » .

ولكنانرى انه لا يجوز ان يترك الامر دون حل فان الزوجة التي تقدمت بشكواها اكثر من مرة امام القضاء لم تعد حياتها الزوجية صالحة للبقاء فسواء كانت هي المسيئة ام الزوج فيجب التفريق بينهما فليست الحياة الزوجية مدرسة يعلم فيها الزوج زوجته كيف تكون الحياة ... انما الزواج استقرار ومودة ومحبة فاذا فقد ذلك لم تعد الحياة صالحة للبقاء وجب الفراق مخالعة وفي هذا تمشيا مع المذهب المالكي مصدر هذه المواد ومن هنا يتضح لنا مدى ما تتمتع به الزوجة من حرية في أمر طلاقها .

* * *

---

(١) الزواج والفرقة في الاسلام للدكتور محمد سلام مدكور ص ٢٠٤ .

المطلب الثاني

الاجتهادات القضائية في التفريق للشقاق والضرر بين الزوجين

توسع الاجتهاد القضائي المصري في التفريق للضرر بين الزوجين ووضع بذلك مبادىء قيمة اخترت منها مجموعة تعبر عن اتجاه صريح لاعطاء الزوجة حق طلب التفريق اذا ما اساء الزوج اليها اساءة فلم يقتصر على ما جاء في المادة القانونية : « بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما » بل توسع القضاء في ذلك كما سوف نرى

الضرر امر تقديري يخضع لرأي القاضي :

في حكم لمحكمة كرموز الشرعية [1] من الضرر الذي يوجب الطلاق ان يعمد الزوج الى غير مكان الحرث والنسل من زوجته او يتسبب في اصابتها بمرض الزهري او يشتمها ويسبها او يولي وجهه عنها في الفراش او يقطع كلامه عنها ويهجر فراشها مدة طويلة بدون عذر او يؤثرامرأة عليها ، او يرتكب منكراً يتعدى أثره اليها بحيث ينال من شرفها وكرامة اسرتها كأن يتناول الحشيش والمخدرات والمسكرات جهاراً مع جماعة من الفساق بينهم غلمان ويحكم عليه بالحبس من أجل ذلك .

ومن الضرر ان يسب زوجته :

جاء في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية [2] اذا أثبتت الزوجة أن زوجها يضارها بالقول بالاعتداء عليها بالسب واتهامها بما يشين سمعتها ويسيء اليها مما يجعل دوام

---

(١) محكمة كرموز الشرعية ١٨ ربيع الاول ١٣٥٣ في ٣٠ يونيه ١٩٣٤، المحاماة الشرعية س ٦ ع ٦ ص ٧٩٠ .

(٢) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٨/٨/٢٥ .

العشرة بينهما غير محتمل ولا يستطاع ، ومن ثم يتعين اجابتها الى طلب التطليق منه طلاقاً بائناً .

ومن الضرر ابتزاز اموال زوجته :

في حكم لمحكمة السيدة الجزئية الشرعية .[1] : من الضرر الموجب للطلاق ابتزاز الزوج اموال زوجته لأن هذا ليس من مقاصد الزواج الشرعية .

الضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة :

جاء في حكم لمحكمة الواسطي الشرعية [2] : لايجاب طلب الزوجة التفريق لضرر لضرب الزوج لها واهانته لها بمباشرتها له بعد ، مما يدل على أن ما حصل لها من الضرب والاهانة مما يستطاع معه دوام العشرة بين امثالهما .

وفي هذا المعنى قالت محكمة القاهرة الابتدائية [3] :

اذا ثبت أن الزوج لم يسيء لزوجته اية اساءة لا يستطاع معها دوام العشرة بين امثالهما واقرت صراحة انه لم يعتد عليها بالضرب او السب وانها هي التي ترغب في الطلاق لما تشعر به من أن اهله غير راغبين فيها فإن هذا لا يبرر تطليقها للضرر ما دام الزوج لم تصدر منه أية اساءة ولأن علاقة الزوجة باهل زوجها لا يصح ان تكون لها أي تأثير على الحياة الزوجية .

استحكام الخلاف بين الزوجين سبب موجب للتفريق ولو كان من جهة الزوجة :

جاء في حكم لمحكمة الزقازيق الشرعية الجزئية [4] :

١) نشوز الزوجة لا يمنعها من طلب التطليق للضرر .

---

(١) محكمة السيدة الجزئية الشرعية ١٢ ربيع الاخر ١٣٦٨ في ١٠ فبراير ١٩٤٩ المحاماة الشرعية س ٦ ع ٦ ص ٧٩٠ .

(٢) محكمة الواسطي الشرعية ٢٤ شعبان سنة ١٣٥٣ في ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٤ س ٧ ع ١ ص ٢٠٢.

(٣) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٨/٢/٢٨ .

(٤) محكمة الزقازيق الشرعية الجزئية ١٩٤٩/٥/١٥ .

٢) اذا استحكم الخلاف بين الزوجين وساءت العلاقات بينهما وتعذر الوفق وظهر أن قصد الزوج من الابقاء على الزوجية هو كيد الزوجة وإعناتها كان ذلك مسوغاً لتطليقها منه .

الضرر كما يكون بعد الدخول يكون قبله :

في حكم لمحكمة المحلة الكبرى الشرعية [1] : الهجر ضراراً كما يكون بعد الدخول يكون قبله وبذا يصلح مسوغاً لطلب التفريق .

وفي هذا المعنى حكم لمحكمة الجيزة الشرعية [2] :

١) المراد بالعشرة بالمادة الواردة السادسة من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ الاختلاط والمخالطة وهي كما تكون قبله .

وهذا يتفق ما جاء في المذهب المالكي من أن التفريق للضرر ، كما يكون بعد الدخول قد يكون قبل الدخول طالما مناط التفريق هو الضرر .

الشروع بقتل الزوجة يعتبر ضرراً مسوغاً للتفريق :

في حكم لمحكمة الاسكندرية الابتدائية [3] : اذا كان المدعى عليه متهماً بالشروع في قتل زوجته المدعية وانه حكم عليه من المحكمة بالاشغال الشاقة خمس سنوات فإن الدعوى على هذا الاساس تكون مقبولة من ناحيتين من نواحي الضرر :

١) سجنه لمدة أكثر من ثلاث سنوات مع مضي أكثر من سنة على الحبس .

٢) كما ان الجريمة التي سجن من اجلها هي إضرار بالمدعية ، فليس هناك ضرر أكبر من الشروع في قتلها مما يجعلها مستحقة للطلاق عملا بالمادة ٦ من نفس القانون .

---

(١) محكمة المحلة الكبرى الشرعية ١٧ شوال ١٣٥٣ في ٢٢ يناير ١٩٣٥ المحاماة الشرعية س ٦ ع ٦ ص ٤٤٦ .

(٢) محكمة الجيزة الجزئية الشرعية ١٥ ربيع الاول ١٣٧٢ في ٣ ديسمبر ١٩٥٢ المحاماة الشرعية س ٣٤ ع ٧ ص ٤١٩ .

(٣) محكمة الاسكندرية الابتدائية ١٩٥٨/٦/٢٣ صالح حنفي ٢٢١/٢ .

التطليق للضرر المعنوي:

اعتبرت محكمة اسيوط [1] : أن مجرد ارسال خطاب الى الزوجة من زوجها وفيه عبارات جارحة سبباً موجباً للتفريق قالت : اذا كشفت عبارات الخطاب عن ألفاظ جارحة ونزعات عدوانية صارخة مهينة لكرامة الزوجة وطعن في كبرياء مثلها ممن يحترف تربية النشء فانه يعتبر اضراراً معنوياً كبيراً تستحيل معه الحياة الزوجية ويجيز الحكم بالطلاق .

ومن الضرر اتهام زوجته بالزنا :

جاء في حكم لمحكمة بني سويف [2] : اذا رمى الزوج زوجته بالزنا علناوبصفة رسمية وظهرت براءتها منه بحكم قضائي كان ذلك اضراراً بها يستوجب طلاقها منه متى طلبته مهما كانت طبقتها .

وفي هذا المعنى حكم لمحكمة بنها الابتدائية [3] : اذا استقر في نفس الزوج ان زوجته زانيه وانها تسلك سبيل البغايا واصر على توجيه هذا القول اليها وعلى اعتدائه عليها بالضرب فانه يصبح من غير المستطاع دوام العشرة بينهما ويتعين الحكم للزوجة بالطلاق للضررعملا بالمادة السادسة من القانون ٢٥سنة ١٩٢٩ .

هل يعتبر فسق الزوج ضرراً يوجب التفريق :

حكمت محكمة كرموز الشرعية [4] : المناط في الضرر الذي يجوز للزوجة ان تطلب التطليق من اجله هو لحوق الاذى بها من زوجها سواء في بدنها او عرضها .

---

(١) محكمة اسيوط الابتدائية ١٩٥٨/١٢/٢ .

(٢) محكمة بني سويف الكلية الشرعية ٦ جمادى الثانية ١٣٧٣ في ١٠ فبراير ١٩٥٤ المحاماة س ٢٤ ع ٧ ص ٣٧٦ .

(٣) محكمة بنها الابتدائية ١٩٥٦/١٢/١٦ .

(٤) محكمة كرموز الشرعية ١٨ صفر ١٣٥٣ في ٣١ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة الشرعية س ٦ ع ٦ ص ٧٨٧ .

ففسق الزوج لا يوجب تطليق زوجته مالم يتعد اثره اليها .

على ان لنا في هذا الحكم نظرإذ طالما إن مناط التفريق هو الضرر ، فالزوجة الصالحة المسلمة قد تتضرر من فسق زوجها وفجوره كما اذا كان يتعاطى المسكرات ويعاشر الفتيات غير الشريفات ، الى آخر ما يصاب به الشباب الماجن من ضروب الفتن والاغراء كل هذا ضرر يصيب الزوجة في شعورها وكرامتها واسرتها وينعكس نحو اولادهـا اننا نرى ان فسق الزوج بما يخرجه عن المألوف اذا كان يعرض سمعة الزوجة او الاسرة الى الانهيار سبب موجب للتطليق .

وفي حكم آخر مغاير[1] للحكم السابق :

الضرر الموجب للطلاق هو الضرر الواقع من الزوج على زوجته نفسها فلا يوجب تعديه على اهلها تطليقها عليه ولا يسمى هذا ضرراً واقعاً عليها . وفسق الزوج لا يوجب تطليق الزوجه ما لم يتعد اثره اليها بأن يحضر صواحبه في منزلها ولا يؤخذ الزوج بالمظنة والاتهام بل لا بد من الادلة القاطعة

التفريق لهجر الزوج زوجته :

سواء كان الهجر في الفراش ام كان هجراً خارج البيت .

الهجر في الفراش : في حكم لمحكمة جرجا الشرعية [2] : هجر الزوج فراش زوجته من الاضرار الموجبة للتطليق .

هجر البيت : في حكم لمحكمة المنيا [3] : اذا أقامت الزوجة في منزل ذويها في بلد ما واقام الزوج في بلد آخر ودام ذلك سنة فاكثر بلا عذر مقبول جاز للزوجة ان

---

(١) محكمة السيدة زينب الجزئية الشرعية ١٩٥١/٦/٣٠ .

(٢) محكمة جرجا الشرعية حكم ٢٢ ربيع الاول ١٣٥٢ في ١٥ يوليو ٩٣٣ المحاماة س ٥ ع ٥ ص ٥٧٨ .

(٣) محكمة المنيا الكلية ١٩٥٦/٥/٢١ حنفي ٢٠٦/٢ .

تطلب الى القاضي تطليقها بائنا اذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

وفي حكم لمحكمة الدر الشرعية [1] : هجر الزوج زوجته سنة فاكثر وتركه اياها في بلده بدون ان يحضر لها فيها مرة واحدة مما لا تحتمله الزوجة عادة موجب لتطليقها عليه . ولا يمنع من ذلك ادعاؤه الانفاق عليها أو أن غيابه كان للسعي وراء الرزق .

على اننا نرى في هذه الاحكام ان تحديد الهجر بسنة كاملة مدة طويلة قد لا تصبر الزوجة عليها ، ويبدو لي ان تحديد ذلك باربعة اشهر وهي مدة الايلاء التي حرم الله فيه على الزوج هجر زوجته اكثر من اربعة اشهر ، وبهذا تتحقق المصلحة ووضع حد لردع التعسف في الحقوق الزوجية المشتركة .

اذا تكررت الدعوى بعث القاضي حكمين :

جاء بحكم لمحكمة الازبكية الشرعية [2] : اذا تكرر رفع دعوى طلب التطليق للضرر بعد رفعها للعجز عن الاثبات لا تقبل الا اذا ادعت مدعيتها استمرار الضرر ان كان مما يقبل الاستمرار .

تفريق الحكمين ان كان الضرر من الزوج :

في حكم لمحكمة مصر الابتدائية الشرعية [3] : يعين القاضي حكمين عند تكرر طلب التفريق للضرر ويحكم به متى قرر الحكمان ان الضرر من قبل الزوج .

تفريق الحكمين عند تعذر استمرار الحياة الزوجية :

جاء في قرار لمحكمة النقض السورية [4] : يتوجب على الحكمين ، عند تعذر

---

(١) محكمة الدر الشرعية ٢٤ محرم ١٣٦٧ في ٢٦ مارس ١٩٤٨ المحاماة . ١ س ع ٢ ص ١٨٧ .

(٢) محكمة الازبكية الشرعية ١٧ رجب ١٣٤٨ س ٢ ع ٢ ص ١٧١ .

(٣) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ٥ رمضان ١٣٥٣ في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٤ ع ٢ ص ٣٩١ س ٦

(٤) قرار النقض السورية في ١٩٥٣/٣/١٩ .

استمرار الحياة الزوجية ، ايقاع التفريق بين الزوجين ، ولا يحق للقاضي الحكم بالبينونة الصغرى اذا كان تقرير الحكمين خلواً من الحكم بالتفريق .

يجب أن يكون الحكمان من الأهل إذا لم يتعذر ذلك :

قررت محكمة النقض السورية[1] : أن كون الحكمين من الأقارب هو من النظام العام، ولا يصار الى تعيين الإباعد إلا عند التعذر.

نشوز الزوجة لا يحول دون طلب التفريق للضرر :

وقررت محكمة الزقازيق الشرعية [2]

نشوز الزوجة لا يمنعها من طلب التطليق للضرر اذا ظهر ان الزوج قد استصدر حكم الطاعة بقصد الحصول على حكم باسقاط النفقة .

اذا استحكم الخلاف بين الزوجين وساءت العلاقات بينهما وتعذرالوفاق وظهر ان قصد الزوج من الابقاء على الزوجة هو كيد الزوجة واعناتها كان ذلك مسوغاً لتطليقها منه

---

(١) محكمة الزقاريق الشرعبة الجزئبة ١٥/٥/١٩٤٩

(٢) قرار محكمة النقض السورية في ٢٨/٦/١٩٦٠ .

هل يعتبر تعدد الزوجات ضررا يبيح للزوجة طلب التفريق لاجلـــه ؟ ..

راينا ان القضاء توسع في التطليق للشقاق تمشياً مع المصلحة ، ومع تطور الزمن فقداصبح من الصعب ان يجبر انسان على مشاركة زوجة حياته كلها وهي على خصام وفي شقاق دائم .

ونلاحظ ان لجوء المحاكم الى هذا السبيل مرده مرونة القانون الذي لم يحدد الضرر لا من حيث الكيف ولا من حيث الكم بل ترك تقدير ذلك للقاضي من جهة ، وان المصدر لهذه المواد هو المذهب المالكي ، وقد لمسنا من نصوص فقهاء المالكية هذه المرونة ايضاً حتى انهم اعتبروا مجرد تحويل وجه الزوج عن زوجته سبباً مبرراً لطلب الطلاق .

و الآن نود بحث موضوع قد يكون جديداً ، وهو تعدد الزوجات لا من حيث مشروعيته بل من حيث آثاره على الزوجة الأولى والثانية ، وبمعنى اوضح هل يحق لأحدى الزوجات ان تطلب التفريق من القاضي للضرر حيث تزوج زوجها ، او وجدت زوجة اخرى تشاركها حياتها مع زوجها ؟

نقل الطبري عن ابن عباس [1] في تفسير قوله تعالى : « وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً او اعراضاً فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير » .

قال : فتلك المرأة تكون عند الرجل ، لا يرى منها كبير ما يجب وله امرأة غيرها احب اليه منها ، فيؤثرها عليها ، فأمره الله اذا كان ذلك ، ان يقول لها : يا هذه ان شئت ان تقيمي على ما ترين من الأثرة فأواسيك وانفق عليك ، وان كرهت خليت سبيلك ، فان هي رضيت ان تقيم بعد ان يخيرها فلا جناح عليه وهو قوله : والصلح خير ، وهو التخيير .

---

(١) تفسير الطبري ٢٧٢/٩ .

المطلب الثالث

المــواد المقترحــة

١) اذا اشتكى احد الزوجين اضرار الآخر به او حصول شقاق بينهما وطلب التفريق فللقاضي ان عجز عن الاصلاح بينهما ان يبعث حكمين للنظر في امرهما .

٢) على الحكمين الاصلاح بين الزوجين فان عجزا عن ذلك فرقا بينهما فان كانت الاساءة من الزوج فرقا بدون مال وان كانت الاساءة من الزوجة فرقا بمال يأخذانه منها الى الزوج على ان لا يتجاوز ما دفعه اليها .

الفـرع الثالث

التفريق للغيبة او للسجن

المطلب الاول : آراء المذاهب

من أنواع التفريق للضرر بين الزوجين هو غياب الزوج عن زوجته مدة لا تحتملهـا عادة فخشية فتنة الزوجة من جراء هذا الغياب أجازت بعض المذاهب للزوجة طلب التفريق للضرر من القاضي ، ومذاهب أُخرى لم تجز ذلك .

ذهب الأحناف والشافعية والظاهرية إلى أنه لا يجوز التفريق بناء على غيبة الزوج وان تضررت الزوجة بذلك لأنه لم يثبت بذلك أثر يجيز هذا التفريق .

وقال مالك وأحمد وبعض الزيدية ومتأخرو الجعفرية بجواز ذلك .

الاحناف :

فالاحناف تمشياً مع أصلهم انه لا طلاق إلا لمن أخذ بالساق فهم لم يجيزوا التفريـق لدى القاضي إلا في العيوب وفي عيوب محددة .

الشافعية :

وذهب الشافعية كذلك إلى عدم التفريق فقد جاء في الأم[1] :

« لم أعلم مخالفاً في أن الرجل والمرأة لو غابا أو أحدهما براً أو بحراً ، علم مغيبهما أو لم يعلم ، فماتا أو أحدهما ، فلم يعلم لهما بخبر ، أو أسرهما العدو فصيروهما إلى حيث لا خبر عنهما ، لم نورث واحداً منهما بصاحبه إلا بتعين وفاته قبل صاحبه ، فكـذلك عندي امرأة الغائب أي غيبة كانت مما وصفت أو لم أصف بأسار عدو أو بخروج الزوج ، ثم خفي مسلكه ... لا تعتد امرأته ولا تنكح حتى يأتيها يقين وفاته ثم تعتد من يوم استيقنت وفاته وترثه » .

---

(١) الام الجزء الخامس ص ٢٣٥ طبعة حسين المنياوي القاهرة .

كما أن في المذهب خلافاً حول المدة التي يغيب بها الزوج قيل ثلاث سنوات وقيل سنة وهو الأرجح .

جاء في منح الجليل[1] : وأما الغائب فالثلاث السنين ليست طولاً عند الغرباني وابن عرفه ، وظاهر المدونة أن السنة طول ، وعليه أبو الحسن البرزلي ، ويكتب له إن كانت تبلغه الكتابة إما أن يقدم أو تنقل زوجته اليه ، أو تطلق عليه ، فان استنتج من ذلك تلوم له بالاجتهاد ثم إن شاءت طلق عليه واعتدت ، فان لم تبلغه الكتابة طلق عليه بضررها بترك وطنها ، وهي مصدقة فيه وفي خوفها زناها ،وهذا ان دامت نفقتها حقيقة أو حكماً من ماله ، بأن ترك لها ما تنفق منه ، وان لم يعينه لها .

وأما زوجة السجين فتقاس على زوجة الغائب بجامع الضرر بينهما إذ زوجة كل منهما تتضرر من بعد زوجها عنها سواء كان غائباً أم مسجوناً .

وجاء في الاختيارات العلمية[2] : ــ القول في إمرأة الاسير والمحبوس ونحوهما ممن تعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقته كالقول في امرأة المفقود بالاجماع كما قاله أبو محمد المقدسي .

---

(١) منح الجليل ٣١٣/٢ .

(٢) الاختيارات العلمية ص ١٤٦ .

المطلــب الثاني

مواد التفريق للغيبة او الحبس

في قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية :

لبنان :

م ١٢٦ : إذا اختفى زوج امرأة أو ذهب لمحل مدة سفر أو أقرب وتغيب أو فقد وتعذر تحصيل النفقة وطلبت زوجته التفريق فالحاكم بعد اجراء التحقيقات اللازمة يحكم بالتفريق بينهما .

م ١٢٧ : إذا ترك رجل مالاً من جنس النفقة وتغيب وراجعت زوجته الحاكم وطلبت التفريق ، فالحاكم يجري التحقيقات اللازمة بحق الرجل المذكور ، فإذا حصل يأس من أخذ خبر بمحله وحياته أو مماته يؤجل ذلك أربع سنوات اعتباراً من تاريخ اليأس وإذا لم يمكن أخذ خبر بظرف هذه المدة وأصرت الزوجة على طلبها يفرق الحاكم. وإذا كانت غيبة الزوج في المحاربة فالحاكم يحكم بالتفريق بعد مرور سنة من عودة الطرفين المتحاربين واسراهما لمحلاتهم وعلى كلا الحالتين ، فالزوجة تعتد بعدة الوفاة اعتباراً من تاريخ الحكم .

العراق :

م ٤٣ : إذا غاب الزوج سنتين فأكثر بلا عذر مشروع وكان معروف الاقامة جاز لزوجته أن تطلب إلى المحكمة التفريق للضرر وإن كان له مال تستطيع الانفاق منه .

م ٤١ : لزوجة المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة خمس سنوات فأكثر أن تطلب إلى المحكمة التفريق للضرر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

الاردن :

نص في المادة ٩٢ بما جاء في القانون اللبناني في مادتيه ١٢٦ و ١٢٧ وزاد على ذلك :

م ٩٣ : لزوجة المحبوس المحكوم عليــه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات

سوريا :

م ١٠٩/١/ إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

٢) هذا التفريق طلاق رجعي ، فإذا رجع الغائب أو أطلق السجين والمرأة في العدة حق له مراجعتها .

ملاحظاتنا : ونلاحظ أن القانون السوري اعتبر التفريق بسبب الغيبة أو السجن طلاقاً رجعياً خلافاً لما ذهب اليه القانون المصري حيث اعتبره بائناً .

ويبدو لي ان في اعتبار الطلاق رجعياً في هذه الحالة تمشياً مع القانون في تفريقه للاعسار حيث اعتبره رجعياً مشروطاً بالقدرة على الانفاق كما سنرى بعد قليل .

وفي كلتا الحالتين وان كانت الزوجة هي التي طلبت التفريق فان الرجعة لا تجوز أن تكون ضد رغبتها لئلا يفوت مقصودها من طلب الطلاق إلا أنه من الواضح أن طلب التفريق للغيبة هنا سببه بعد الزوج عنها لا لشيء آخر فإذا عاد اليها وهي في العدة فقد حصل مقصودها ولم تفوت الرجعة ما قصدته ، بل حققته لها .

ولهذا فانني أرجح ما ذهب اليه القانون السوري لما سلف ذكره وللابقاء على الحياة الزوجية والتضييق من نطاق الطلاق ما أمكن لذلك سبيلاً .

كما أن في تحديد مدة الغيبة أو السجن سنة كاملة أخذاً من المذهب المالكي خلافاً للمذهب الحنبلي هو أقرب للمصلحة للحرص على الإبقاء على الحياة الزوجية .

وحبذا لو فرق المشرع بين السجن لسبب سياسي أو عقائدي أو وطني ، وبين غير ذلك من الأسباب كالجرائم العادية ، إذ لا يجوز أن يعامل كلاهما معاملة واحدة من حيث المدة ، وان كان المشروع قد راعى الزوجة إذ ان مناط التفريق هو الضرر الحاصل من غياب الزوج عن زوجته ، ولكن طالما أن فقهاء الحنابلة وقوانيننا فرقت بين الغياب لعذر والغياب دون عذر فمعنى ذلك انها لم تجعل مجرد الغياب السبب الوحيد لطلب التفريق ، بل للسبب الذي لأجله حكم الزوج المسجون من جهة ولاحتمال العفو المفاجئ عن المحكوم سياسياً من جهة أخرى .

المطلب الثالث

الاجتهادات القضائية في الغائب والمحبوس

الغياب بدون عذر مشروع :

في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية [1] : إذا غاب الزوج عن زوجته سنة فأكثر بدون عذر مقبول يباح لزوجته أن تطلب تطليقها منه بائناً إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

في حكم لمحكمة ادفو الشرعية[2] : إذا غاب الزوج عن زوجته إلى بلد قريب أو بعيد معلوم أو غير معلوم بلا عذر شرعي سنة فأكثر وتضررت الزوجة من ذلك جاز لها ن تطلب التطليق عليه ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه وللقاضي أن يعذر عليه إذا أمكن وإلا طلق عليه بدون اعذار .

أما السجين فلا بد من الحكم عليه ثلاث سنين حتى يحق لزوجته طلب التفريق :

في حكم لمحكمة السيدة الشرعية[3] : ان المدعى عليه مقيد الحرية ... فاذا كان قد هجرها في المضجع فان ما قدحصل من ذلك كان قهراً عنه وبلا ارادة منه ومدة السجن أقل من ثلاث سنوات فلا يؤخذ به عدالة عملاً بهذه النصوص .

---

(١) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٨/١/٢٦ .

(٢) محكمة ادفو الشرعية ٢٠ نوفبر ١٩٤٣ عدد ٥١٤ محاماة شرعية ص ١٣٥ .

(٣) محكمة السيدة الشرعية ١٦ ربيع الثاني ١٣٥٣ في ٢٨ يوليو ١٩٣٤ المحاماة س ٦ غ ٦ ص ٧٩٩ .

٢) ضرر الزوج :

إذا اعتاد الزوج الزنا أو اعتاد ضرب زوجته بدون مبرر فللزوجة أن تطلب الطلاق من القاضي والقاضي يوبخ الزوج أولاً ويحلفه على أن لا يعود فان حنث بذلك أمـــر بالطلاق .

جاء في المادة ٢١٦ : إذا اعتاد الرجل الزنا واعتاد ضرب زوجته أو اطعامهـــا غير الحلال ، جاز اجابة طلبها الطلاق .

مادة ٢١٧ : ضرب الزوج محرم شرعاً ، وإذا اعتاده الرجل وبخه الشرع وحلفه أن لا يعود فان حنث وعاد أمر بالطلاق ودفع الحقوق .

وجاء في حكم لمحكمة الاستئناف بالقاهرة[1] : انه وفقاً للمادتين ٢١٦ و ٢١٧ من كتاب الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية للاسرائيليين لا يسوغ طلب الطلاق إذ أن الضرب على ما جاء بالمادتين المذكورتين لا يبرر الطلاق إلا إذا اعتاده الزوج وقارفه بعد توبيخ رجل الشرع له وبعد ان يحلفه بألا يعود ، فإن حنث وعاد يؤمر عندئذ بالطلاق ودفع الحقوق .

ولما كان لم يثبت في النزاع الراهن أن الزوج قد اعتاد ضرب زوجته فلا يقضى بالتطليق .

٣) الشقاق بين الزوجين :

أما إذا كان الشقاق ناشئاً عن أحدهما أم كان من الزوجين فللمحكمة تقدير ذلك في طلب التفريق .

جاء في المادة ٢٢١ : إذا تكدرت المعيشة لسوء أخلاق الزوجة أو لتشدده في الانفاق عليها ، جاز لزوجته طلب الطلاق .

---

(١) محكمة استئناف القاهرة ١٩٥٦/٤/٢٥ الاحوال الشخصية رفعت خفاجي ص ١١١ .

٤) **التطليق للغيبة :**

نصت م ١٣٩ : للزوجة منع سفر زوجها إذا كان لجهة بعيدة .

وكذلك المادتان ١٤٢ و ١٩٤ .

وحكمت استئناف القاهرة[١] : بأن الغياب الذي يعتبر سبباً للطلاق في الشريعة الاسرائيلية هو الذي يكون لعذر غير مقبول وأن تكون الغيبة في بلد في الخارج غير موافق لإقامة الزوجة وأن يقصد بتلك الغيبة وضع حد للحياة الزوجية المشتركة وأن تكون قد مضت مدة كافية تتضرر منها الزوجة بالغياب .

ثانيا : طائفة القرائين

أما القرائون فيجيزون التفريق للضرر أيضاً وإن كانوا يعدون ذلك من قبيل العيوب توسعاً منهم بالعيب غير المحتمل الذي يعتبر مسوغاً للطلاق عندهم فاعتبروا من العيوب سوء المعاملة والابتذال في الاسواق واتيان ما يمس الاخلاق والشرف .

جاء في شعار الخضر وهو يعدد العيوب المجيزة للتفريق [٢] .

سوء المعاملة لكثرة النزاع وشدة المعاندة والوقاحة .

والابتذال في الطرق والأسواق بلا اطلاع زوجها واتيان ما يمس الشرف .

* * * *

---

(١) استئناف القاهرة ١٩٥٦/٤/٢٥ .

(٢) شعار الخضر ص ١٢٧ .

الفــرع الثاني
التطليق للضرر في المسيحية

الاقباط الارثوذكس :

يجوز لأحد الزوجين طلب التطليق للضرر لدى الاقباط الارثوذكس وقد عبّرت المجموعات الفقهية والقانونية عن ذلك بافساد الحياة العائلية أحياناً والعمل على اضرار حياة الآخر أحياناً أُخرى كما عبّرت عن ذلك القوانين الاخيرة باعتداء أحد الزوجين على الآخر .

ذكر ابن العسال[1] : ان الزيجة تفسخ إذا دبر أحد الزوجين على فساد حياة الآخر . وان دبرت المرأة على حياة زوجها بأي وجه كانت وعلمت أن آخرين يحرضون في ذلك فلم تظهره له لأن المرأة والرجل بالزواج صارا واحداً فخيانتها له توجب فصلها منه خشية أن تقضي على حياته بما تدبره له .

وقال ابن كبر[2] : « ان مما يفسخ الزيجة أن يعمل أحد الزوجين على فساد حياة الآخر اما في مضاجرة أحدهما الآخر مضاجرة ظاهرة فاحشة ففيه خلاف » .

وذكر الايغامانوس فيلوتاوس من أسباب فسخ الزيجة[3] : « إذا تحيل أحد الزوجين على اضرار حياة الآخر بأية وسيلة كانت أو علم ان آخرين يسعون في ذلك فيكتمه ولم يظهره لقرينه ثم انكشف الأمر وثبت ذلك يفسخ الزواج ويفارق الخائن » .

وعلق شارح الخلاصة القانونية على هذا النص بقوله : « لأن بقاءهما معــاً موجب للنزاع المستمر المؤدي إلى البوار » .

(١) المجموع الصفوي : الباب الرابع والعشرون : الفصل السادس .
(٢) مصباح الظلمة . الباب العشرون .
(٣) الخلاصة القانونية . السبب السادس ص ٣٨ .

وجاء في المادة ٥٧ من قانون ١٩٣٨ « يجوز أيضاً طلب الطلاق إذا أساء أحد الزوجين معاشرة الآخر أو أخل بواجباته اخلالاً جسيماً مما أدى إلى استحكام النفور بينهما وانتهى الأمر بافتراقهما عن بعضهما واستمرت الفرقة ثلاث سنين متوالية . ولم يرد مثل هذا النص في مجموعة ١٩٥٥ .

نص قانون ١٩٣٨ في المادة ٥٥ :

« إذا اعتدى أحد الزوجين على حياة الآخر واعتاد ايذاءه ايذاءاً جسيماً يعرض صحته للخطر جاز للزوج المجنى عليه أن يطلب الطلاق » .

ونفس النص جاء في المادة ٥٣ من مجموعة ١٩٥٥ .

ونص أيضاً في المادة ٥٢ : « إذا غاب أحد الزوجين خمس سنوات متوالية بحيث لا يعلم مقره ولا تعلم حياته من وفاته وصدر حكم باثبات غيبته جاز للزوج الآخر أن يطلب الطلاق » .

ومثل ذلك جاء في المادة ٥٠ من مجموعة ١٩٥٥ .

وجاء في مجموعة ١٩٥٥ في المادة ٥١ : « الحكم على أحد الزوجين بعقوبة الاشغال الشاقة أو السجن أو الحبس لمدة سبع سنوات فأكثر يسوغ للزوج الآخر طلب الطلاق » .

من هذه النصوص ومن قانون ١٩٣٨ بصورة خاصة نرى أن أسباب التطليق للضرر لدى الاقباط الارثوذكس يمكن حصرها بالأسباب التالية :

١ ـ اساءة أحد الزوجين للآخر أو اخلاله بواجبات الزوجية ، مما يؤدي إلى استحكام النفور الزوجي وهجر أحدهما للآخر مدة ثلاث سنوات .

٢ ـ اعتداء أحدهما على الآخر أو اعتياد ايذائه جسمياً .

٣ ـ إذا غاب أحدهما عن الآخر خمس سنوات متوالية دون أن يعلم مقره وصدور حكم بذلك .

٤ ـ الحكم على أحد الزوجين بالحبس لمدة سبع سنوات .

الأرمن الارثوذكس :

وكذلك نص قانون الأرمن الارثوذكس في مادته ٥٢ على أنه يجوز الحكم بالطلاق

إذا وجد تنافر شديد بين طباع الزوجين يجعل اشتراكهما في المعيشة مستحيلاً .

وسنستعرض التطبيقات العملية للمحاكم في التطليق حسب هذه المواد لنعرف لأي مدى يذهب الاجتهاد القضائي في التفريق للضرر بين الزوجين في المسيحية .

القسم الاول – التطليق للاساءة والاخلال بالواجبات الزوجية .

قضت محكمة استئناف القاهرة [١] : « ان المادة ٥٧ من قانون الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكسيين الذي أقره المجلس الاعلى العام بجلسته المنعقدة في ٩ مايو ١٩٣٨ وعمل به اعتباراً من ٨ يوليو ١٩٣٨ تبرر التطليق اذا اساء أحد الزوجين معاشرة الآخر أو اخل بواجباته نحوه اخلالا جسيماً مما أدى إلى استحكام النفور بينهما وانتهى الامر بافتراقهما عن بعضهما واستمرت الفرقة ثلاث سنين متوالية . وهذه الاسباب قائمة هنا . **إذ أن زوجة المدعي قد** هجرته لمدة تربو على تسع سنين لم ينفع في خلالها مساعي التوفيق حتى تصدعت العلاقة الزوجية وأصبح استمرار العشرة بينهما مستحيلا » .

طلب التطليق هو حق للمتضرر من الزوجين :

جاء في حكم استئناف القاهرة [٢] : « جعل السبب في الفرقة مقترناً بالضرر والتجاوز عن البحث فيمن من الطرفين هو المتسبب في الفرقة في حالة رضاء الطرف الآخر بالتطليق انما يؤدي في النهاية إلى ترك التطليق الى ارادة الزوجين وهو غير جائز في شريعة الاقباط الارثوذكس التي ينتمي اليها الطرفان » .

العبرة بما جاء في قانون ١٩٣٨ وعدم النص في مجموعة ١٩٥٥ لا أثر له .

جاء في حكم لمحكمة استئناف الاسكندرية [٣] :

---

(١) استئناف القاهرة ١٩٥٦/٣/٢١ وفي هذا المعنى استئناف القاهرة ١٩٥٦/٤/٢٥ وايضاً استئناف القاهرة ١٩٥٦/٥/١٦ رفعت خفاجي ص ٨٠ .

(٢) استئناف القاهرة ١٩٥٨/٥/٢١ حنفي ٤٦٩٠/٢ .

(٣) استئناف الاسكندرية ١٩٥٧/١١/٢٠ .

١) يجيز قانون المجلس الملي للاقباط الارثوذكس الصادر في ١٩٣٨ الطلاق إذا اساء احد الزوجين معاشرة الآخر ...

٢) غير أن مشروع القانون المقدم للحكومة من طائفة الاقباط الارثوذكس في ١٩٥٥ خلاف هذا النص ...

٣) لم يكسب هذا المشروع صفة القانون لعدم التصديق عليه وصدور قانون به ومن ثم فلا الزام على المحاكم في التقيد بأحكامه .

٤) تحديد مدة الفرقة بثلاث سنوات على ما جرت عليه احكام المجالس الملية هو تحديد تحكمي لا سند له في كتب الدين ولم تتقيد به المجالس الملية نفسها في بعض أحكامها

٥) العلة في هذا التحديد هي أن القائلين به يرون ان استطالة الفرقة لهذه المدة يفقد معه كل أمل في عودة الحياة الزوجية . اما قبل انقضائها فيكون باب الامل ما زال مفتوحاً ، فإذا ثبت من ظروف الدعوى بما لا يدع مجالا للشك قبل اكتمال الثلاث سنوات على الفرقة ان عودة الحياة الزوجية اصبحت ضرباً من محال فلا جدوى من انتظار اكتمال المدة . بل ان في هذا الانتظار ضرراً محققاً يلحق بالزوجين وتعريضاً لهما للوقوع في الخطيئة .

وجاء في حكم لمحكمة بنها [١] : ان ما تهدف اليه الحياة الزوجية هو التعاون بين الزوجين واقامة الروابط فيهما على أساس المودة والرحمة فاذا تعذر استحالة عودة الحياة الزوجية أصبح العوض من الزواج غير متحقق ويلزم فسخه .

التطليق للخطأ المشترك :

وفي حكم لمحكمة استئناف الاسكندرية [٢] : « إذا استبان للمحكمة استحالة استمرار الحياة الزوجية وأنه لا أمل في عودة الوئام بين أفراد الاسرة إذا وصل الامر إلى اتهام الزوج لزوجته بوجود علاقة اثم بينها وبين الغير ولاتهام الزوجة لزوجها بالتعطل

---

(١) محكمة بنها الابتدائية ١٩٥٦/٦/٢٥ .

(٢) استئناف الاسكندرية ١٩٥٦/١٢/٢٧ .

والاعتماد في الانفاق على المنزل على عملها في حياكة الملابس فانه يتعين الحكم بالتطليق لخطأ الطرفين المشترك » .

التطليق لاتهام أحد الزوجين الاخر

في حكم للمجلس الملي للاقباط الارثوذكس [١] : تمادى كل من الزوجين في اتهام الآخر بما يشبه وما يمس شرفه وتولد الكراهية بينهما وانهيار حياتهما العائلية ، بما يبرر فسخ الزواج إذا أصبحت عودتهما للحياة الزوجية ميئوساً منها .

وفي حكم لمحكمة القاهرة [٢] : ان اتهام الزوجة لزوجها بجريمة خلقية شاذة تستوجب الحكم عليه بالاشغال الشاقة ، يصلح سبباً للتطليق بشرط ثبوت سوء نيتها وعلمها بكذب هذا الاتهام لما في هذا الاتهام من الضرر الذي يعود على الزوج من قيام الزوجية بعده .

التطليق لهجر احد الزوجين الاخر :

في حكم لمحكمة استئناف الاسكندرية [٣] : « إذا ثبت أن الزوج هجر زوجته منذ أكثر من خمس سنوات وان محاولات قد بذلت للصلح ولكن الزوج رفض كانت الزوجة على حق في طلب الطلاق .

ويجب أن يكون طلب التطليق من المتضرر من الهجر :

في حكم لمحكمة الاستئناف في القاهرة [٤] : « ان الهجر الذي يعتبر سبباً للطلاق يجب أن يكون مصدره المدعى عليه لا المدعي وثابت من ظروف هذا النزاع وملابساته التي استعرضتها المحكمة أن الزوجة لم تخطىء وان الزوج هو الذي اخطأ وان الزوجة سعت الى منزل الزوجية فصدها هو عنه .

---

(١) مجلس ملي فرعي الاسكندرية ٣/١٢/٥٥/ حنفي ص ١٨٩ .
(٢) محكمة القاهرة الابتدائية ١٤/٥/١٩٥٦ اهاب اسماعيل ص ٢١٨ وخفاجي ص ١١٧ .
(٣) استئناف الاسكندرية ٢٢/١/١٩٥٨ صالح حنفي ٢/٤٦٨ .
(٤) استئناف القاهرة ١٩/١٢/٥٥ رفعت خفاجي .

التفريق لتنافر الطباع لدى الأرمن الأرثوذكس

قضت محكمة القاهرة [1] : « ان الطرفين ينتميان الى طائفة الارمن الارثوذكس وبالرجوع الى التقنين العرفي لهذه الطائفة تبين منه جواز الطلاق في حالة الامتناع عن المعاشرة الزوجية او فساد أخلاق الزوج أو سلوكه سلوكاً معيباً لا يتفق مع الاحترام الواجب للزوجة أو إذا وجد تنافر شديد بين طباع الزوجين يجعل اشتراكهما في المعيشة مستحيلا » .

القسم الثاني ـ التطليق للاعتداء

قضت محكمة استئناف القاهرة [2] : « ان الاعتداء الذي يبرر التطليق وفقاً للمادة ٥٥ من قانون الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكسيين هو الاعتداء المادي الذي يصل إلى محاولة القتل أما إذا لم يصل الاعتداء إلى تلك المرتبة من الخطورة فان تكراره مع جسامته تغني عن تلك المرتبة بحيث يعرض صحة الزوج الواقع عليه ذلك الاعتداء للخطر»

القسم الثالث ـ التطليق للغيبة

في حكم لمحكمة المنيا الابتدائية [3] : ان الشريعة المسيحية تبيح حل الرابطة الزوجية بالوفاة ، والغائب في حكم الميت ، وهذه هي حكمة النص على التطليق للغيبة .

القسم الرابع ـ التطليق للسجن

في حكم للمجلس الملي في دمنهور [4] : « سجن الزوج لمدة ست سنوات يعطي الزوجة الحق في طلب الطلاق .

وفي حكم محكمة استئناف القاهرة [5] : ان المادة ٥٣ من قانون الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس تشترط في العقوبة التي تجيز الطلاق ان تكون لمدة سبع سنوات فاكثر .

---

(١) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٧/١١/١٠ .
(٢) استئناف القاهرة ١٩٥٧/٥/١٥ .
(٣) محكمة المنيا الابتدائية ١٩٥٨/٤/١٠ خفاجي ص ١١٤ .
(٤) مجلس ملي فرعي دمنهور ١٩٥٥/١/٢١ صالح حنفي ص ١٨٩ .
(٥) محكمة استئناف القاهرة ١٩٥٨/١٠/١٥ .

المبحث الثالث

التفريق للضرر في القوانين الاجنبية

الفرع الأول

التفريق للشقاق والضرر بين الزوجين في القانون الفرنسي

أجاز القانون الفرنسي التطليق للضرر في المادتين ٢٣١ – ٢٣٢ ففي الأولى حدد مفهوم الضرر ، وذلك بأن يصدر ضد أحد الزوجين حكم بعقوبة شائنة وفي المادة الثانية اعتبر المشرع كل اعتداء او اساءة من احد الزوجين او اهانة سبباً من الاسباب التي تجعل للزوج الآخر الحق في طلب التطليق من القاضي . وفي هذه المادة توسع القضاء الفرنسي بحيث اعتبر الشقاق بين الزوجين اساءة وإخلالا بالالتزامات الزوجية تجيز التطليق .

على أن دعوى التطليق لا يجوز رفعها إلا بعد محاولة القاضي الصلح بين الزوجين : فان تعذر عليه ذلك نظر في الدعوى وقدر الامر المشكو منه فإن رأى الاساءة او الاهانة جسيمة الى حد لا تستمر معها الحياة الزوجية حكم بالطلاق . ويجب على القاضي ان يذكر فشله في الصلح في الحكم بالتطليق كما نصت على ذلك الفقرة السابعة من المادة ٢٣٨ [١] .

وقد يرغب أحد الزوجين في الانفصال لا في الطلاق فيذكر ذلك في دعواه وان الاسباب نفسها التي تجيز الطلاق تجيز الانفصال .

---

(١) جميل خانكي الاحوال الشخصية للاجانب ص ١٩٣ .

م ٢٣١ : اذا صدر الحكم على أحد الزوجين بعقوبة بدنية شائنة جاز للزوج الآخر ان يطلب الطلاق بناء على ذلك الحكم.

وهذه المادة حلت محل المادة ٢٣٢ من القانون السابق (بقانون ١٨٠٤) .

« الحكم على أحد الزوجين بعقوبة بدنية شائنة يكون سبباً كافياً للزوج الآخر لطلب الطلاق » .

ومناط التفريق في هذه المادة هو الضرر الذي يصيب احد الزوجين من جراء الحكم على صاحبه بعقوبة بدنية كالاعدام والاشغال الشاقة والسجن ولهذا أجاز له المشرع طلب التطليق .

والتفريق هنا إذا ما أصر عليه المدعي هو الزامي بالنسبة للقاضي فليس له حق تقدير أثر تلك الجريمة او العقوبة على كرامة الطرف الآخر واعتباره هذا اذا لم يثبت للقاضي ان المدعي قد رضي او شجع على ارتكاب الجريمة فيسقط حقه حينئذ .

ويتطلب التفريق بسبب هذه المادة خمسة امور :

١) ان يكون الحكم في جناية لا في جنحة الا اذا كانت الجنحة لحادث يخل بالشرف

٢) ألا يكون المدعي طالب الطلاق محكوماً عليه بعقوبة جناية .

٣) أن تكون الجريمة قد تمت دون علم الطرف الآخر ودون رضائه .

٤) أن يكون الحكم نهائياً أما اذا كان قابلا للطعن فلا يصلح سبباً لطلب التطليق .

٥) أن يكون وقت صدور الحكم اثناء قيام الزوجية أما لو كان قبل ذلك فلا يصلح سبباً للتفريق .

ولا فرق أن تكون الجريمة قد وقعت قبل الزواج ام بعد ذلك ما دام الحكم قد صدر اثناء قيام الزوجية [١] :

والعفو عن العقوبة او سقوطها بالتقادم لا يمنع الزوج من طلب التطليق . أما العفو الشامل بعد الحكم فيزيل اثر الجريمة وبالتالي حق الزوج في طلب التطليق [٢] .

---

(١) مذكرات الدكتور جميل الشرقاوي ص ٢٨ انحلال الزواج في التشريعات الاوربية .

(٢) الاحوال الشخصية لغير المسلمين ١/٢٨٥ جميل الشرقاوي .

وهذا يؤيد ما سبق أن قلناه ان مناط التفريق هو الضرر الذي يصيب الزوج الآخر في كرامته واعتباره فاذا زال اثر الجريمة بالعفو الشامل فلا ضرر .

وكذلك فان الاصل ان تكون العقوبة في جناية الا اذا كانت الجنحة تمس الاخلاق والشرف لأن عقوبة الجنحة وان كانت أخف من عقوبة الجناية الا أنها تسيء الى كرامة الزوج الآخر فصلحت ان تكون سبباً للتطليق وهذا ما سار عليه القضاء الفرنسي .

يقول استاذنا الدكتور الشرقاوي [1] : أما لو كان الحكم بعقوبة الجنحة فانه لا يعتبر سبباً ملزماً للطلاق .. ولكن يلاحظ من ناحية أخرى أن القضاء يجري على اعتبار مثل هذه الاحكام سبباً لطلب الطلاق باعتباره اساءة بالغة وعندئذ لا يكون سبباً ملزماً للطلاق بل يعتبر سبباً اختيارياً .

وقد جاء في حكم لمحكمة تولوز [2] : ان حكم الادانة في جنحة لا يجوز ان يعتبر اهانة جسيمة الا اذا كان قد صدر بسبب حادث يخل بشرف الزوج مباشرة او يمس حقوق الزوجية . وفي مثل هذه الحالة فان الفعل الجنائي وليس الحكم في ذاته هو الذي تقوم عليه الاهانة الجسيمة .

م ٢٣٢ : فيما عدا الاحوال المنصوص عليها في المواد : ٢٢٩ و ٢٣٠ و ٢٣١ [3] من هذا القانون لا يجوز للقضاة ان يصدروا حكماً بالطلاق بناء على طلب احد الزوجين الا اذا كان مبنياً على تجاوز احدهما حدوده قبل الآخر أو استعماله العنف او اهانته اياه بشرط أن تكون هذه الافعال مما يعتبر انتهاكاً جسيماً او متكرراً للواجبات والالتزامات الناشئة من الزواج بحيث تجعل بقاء الزوجية امراً لا يمكن تحمله .

وهذه المادة حلت محل المادة ٢٣١ من القانون السابق ونصها : يجوز لأحد الزوجين

---

(١) مذكرات الدكتور الشرقاوي ص ٢٧ .

(٢) حكم محكمة تولوز ٣١ ديسمبر ١٨٨٨ مرجع القضاء في تشريعات الاحوال الشخصية للاجانب ص ١٤٣ .

(٣) المواد ٢٢٩ و ٢٣٠ التطليق لزنا الزوج او الزوجة و ٢٣١ التطليق لادانة بعقوبة جناية .

التطليق من الآخر اذا تجاوز احدهما حدوده قبل الآخر او اذا استعمل القسوة معه او اهانه اهانة جسيمة .

جاء في هذه المادة ثلاث حالات اعتبرها المشرع الفرنسي من أسباب التطليق اذا ما توافرت شروطها :

١) اذا تجاوز أحد الزوجين حدوده أو أخل بالتزاماته .

٢) اذا استعمل احد الزوجين العنف أو القسوة مع الآخر .

٣) اذا أساء احدهما للآخر إساءة بالغة أو اهانة جسيمة .

كما اشترط القانون لتحقق الوقائع أن تكون على درجة كبيرة من الخطورة بحيث تجعل الحياة الزوجية غير محتملة ولو حدثت مرة واحدة . أما اذا كانت من الامور البسيطة التي لم تبلغ درجة من الخطورة فحدوثها مرة واحدة لا يعتبر سبباً للتطليق بل لا بد من تكرارها .

وتقدير ذلك كله الى القاضي فهو ليس الاسباب الملزمة . ولهذا فقد توسع القضاء الفرنسي في التطبيق العملي خلافاً لما يبدو من رغبة المشرع في حصر حالات الطلاق في الامور التي عددها في المواد ٢٢٩ – ٢٣٢ . لان المادة الاخيرة ٢٣٢ تنص صراحة على أن القاضي لا يجوز له الحكم بالتطليق في غير هذه الحالات إلا أن القضاء نظراً لنقص التشريع من جهة ومرونة بعض الالفاظ التي جاءت في المادة ٢٣٢ قد توسع الى درجة يمكن القول معها انه لا حصر في اسباب التطليق لدى القضاء الفرنسي بل كل ما رآه القاضي يشكل إخلالا بالالتزامات الزوجية ويجعل الحياة بين الزوجين غير محتملة فهو سبب يجيز التفريق . وذلك لأن كلمة الاساءة البالغة او الاهانة او الاخلال بالواجبات تشمل معان واسعة لا تقف عند مدلول واحد ولا عند واقعة معينة .

وبهذا الاتجاه فقد سد القضاء نقصاً في التشريع الفرنسي في حالات كان يجب النص عليها عدم انفاق الزوج على زوجته او حالة اصابة احد الزوجين بمرض معـــد ينتقل للآخر أو اصابة احدهما بعجز جنسي يحول دون الاتصال بينه وبين زوجه .

وهذه مجموعة من احكام القضاء الفرنسي تلقي ضوءاً على ما ذكرناه .

الأهانة :

ان مجرد الاهانة مرة واحدة ولو كانت غير علنية يكفي لان يكون سبباً للطلاق بشرط ان تكون الاهانة جسيمة (١) .

الاعتداء :

يقصد بتجاوز الحد واعمال العنف التي تبرر دعوى الطلاق تلك الاعتداءات الصادرة من زوج على حياة زوجه الآخر التي تعرض حياة الزوج المعتدى عليه للخطر (٢) .

الامتناع عن المعاشرة :

امتناع الزوج بمحض ارادته عدة شهور عن معاشرة زوجته امتناعاً مستمراً يعتبر في حق الزوجة اهانة جسيمة تجيز لها استصدار الحكم بالطلاق ما لم يحتج الزوج في ذلك بوجود موانع طبيعية من جانبه او ان يرجع هذا الامتناع الى مقاومة الزوجة (٣) .

الكراهية :

شعور الكراهية وعدم الثقة التي يواجه بها الزوج زوجته يمكن ان تعتبر في حق الزوجة اهانة جسيمة تجيز لها طلب التفريق (٤) .

هجر مسكن الزوجية :

ان هجر الزوج مسكن الزوجية يمكن ان يعتبر اهانة جسيمة . وكذلك الحال اذا رفضت الزوجة العودة الى منزل الزوجية بعد رفض التفريق المقدم منها (٥) .

العجز الجنسي :

كما قضى القضاء الفرنسي بان اخفاء احد الزوجين عيبه الجنسي عن زوجه يعتبر اساءة تبرر طلب الطلاق (٦) .

---

(١) حكم دائرة الالتماسات ٩٤٥/١٢/٣ دالوز ١٩٤٦ – ٩ مرجع القضاء ص ١٤٢ .

(٢) حكم محكمة مونيليبه ٨٩٥/٣/٥ دالوز ١٠١/٢/١٨٩٦ .

(٣) حكم دائرة الالتماسات ٢٠ نوفمبر ١٩٠٠ .

(٤) حكم دائرة الالتماسات في ٦ اغسطس ١٩٠٧ .

(٥) حكم محكمة ديجون في ٢٣ نوفمبر ١٨٩٢ مرجع القضاء ص ١٤٣ .

(٦) الاحوال الشخصية لغير المسلمين للشرقاوي ص ٢٩١ – ويرى الفقه الفرنسي : ان القضاء اذ يجعل العجز الجنسي سبباً للطلاق يكمل نقصاً في تنظيم المشرع لشروط الزواج . بلانيول دريبير فقرة ١١٠٣ .

الفــرع الثاني

التفريق للضرر في القانون اليوناني

اجاز القانون اليوناني لكل من الزوجين ان يطلب التطليق من القاضي للضرر في حالات اربع [1] :

١) الاعتداء على الحياة :

م ١٤٤٠ : لكل من الزوجين ان يطلب الطلاق بسبب اعتداء الزوج الآخر على حياته .

وهذا السبب يكون الزامياً فيما لو صدر حكم جنائي بسبب الشروع في القتل فحينئذ لا تقدير للقاضي بل عليه ان يحكم بالتفريق لان سبب الطلاق وهو الاعتداء قد ثبت بصورة قطعية .

اما مجرد التهديد بالقتل فلا يكفي وللقاضي هنا حق تقدير اثر ذلك على الزوج الآخر ويجب أن يكون الاعتداء بارادة تامة ووعي كامل فلو نشأ عن حالة الدفاع الشرعي او كان نتيجة مرض عقلي يفقد الوعي فلا يصلح سبباً للتطليق .

٢) الهجر المتعمد :

م ١٤٤١ : لكل من الزوجين ان يطلب الطلاق لهجر الزوج الآخر إياه عن عمد لمدة سنتين .

ويشترط لتحقق هذا السبب شرطان :

١) الهجر عن عمد وبدون سبب .

٢) ان يستمر الهجر مدة سنتين .

---

(١) القانون اليوناني للدكتور محمد علي عرفه ص ١٥٣ .

اما لو كان هجر احد الزوجين للآخر عن سبب كمرض مثلا او كان الآخر هو المسبب في هذا الهجر فلا يصلح سبباً للتطليق . وكذلك اذا لم يمض على الهجر سنتان فلا يجوز رفع الدعوى قبل مضي سنتين كاملتين .

٣) تصدع العلاقة الزوجية :

م ١٤٤٢ : يجوز لكل من الزوجين ان يطلب الطلاق اذا طرأت اسباب جدية ، تعزى لخطأ الآخر ادت الى تصدع الحياة الزوجية بحيث اضحى استمرارها فوق طاقة طالب الطلاق . ولا يكون للمدعي حق الطلاق ، حتى لو كان الخطأ المنوه عنه معزواً الى الزوجين معاً ، اذا كان تصدع العلاقة الزوجية ناتجاً في الغالب عن خطأه .

هذه المادة تعطي للقاضي الصلاحية في تقدير الامر المشكو منه ولكن هل يصلح سبباً للطلاق ام لا ؟ .. وعلى كل حال فيجب ان يتوفر للحكم بموجب هذه المادة شرطان:

١) ان يكون تصدع الحياة الزوجية ناشئاً عن خطأ المدعى عليه . أما المخطىء فلا يجوز ان يطلب التطليق لخطأه .

٢) ان تصبح الحياة الزوجية بموجب هذا الخطأ فوق ما يطاق اما اذا كان الخطأ مما يكون عادة بين الازواج فلا يكفي سبباً للتطليق .

وقد توسع القضاء في تطبيق هذه المادة فاعتبر تصدع الحياة الزوجية في الامور الآتية : جمود العاطفة الزوجية ، وعدم التفاهم ، رفض الاتفاق والمعونة ، معاملة الاطفال بقسوة وغلظة ، التعدي الشائن على كرامة الزوج ، افشاء الاسرار العائلية ، السلوك الشائن [١] .

وقد اصدرت محكمة الاسكندرية الابتدائية [٢] :

يعتبر كل من الزوجين قد اخطأ في حق صاحبه اذا اثبت ان الزوج كان قاسياً في معاملته لزوجته ، غيوراً عليها الى حد ان يغلق عليها باب المسكن من الخارج في بدء

(١) القانون اليوناني للدكتور محمد علي عرفه ص ١٥٧ .
(٢) محكمة الاسكندرية الابتدائية ٢٢ ديسمبر ١٩٥٣ خفاجي ٣١٥ .

حياتهما الزوجية ولا يسمح لها بالخروج حتى لزيارة والديها ، واذا عاتبته في ذلك اعتدى عليها بالضرب والايذاء ، أما الزوجة فقد كانت بطبيعتها تميل الى الخروج كثيراً وارتياد المحال العامة دون ان يكون الزوج في صحبتها ...

وإزاء ذلك تكون العلاقة الزوجية قد اعتراها تصدع جسيم بخطأ الزوجين الى حد استحالة عودة الحياة الزوجية المشتركة وبذلك يصبح كل منهما مسؤولاً عن ايقاع الطلاق

الغيبة :

م ١٤٤٥ : لكل من الزوجين ان يطلب الطلاق اذا اعتبر الآخر في حالة غيبة منقطعة ويشترط لتحقق هذا السبب صدور حكم قضائي بغيبة الزوج فاذا ما ثبت الغيبة كان على القاضي الحكم بالتطليق الزاماً .

الفــرع الثاني

التفريق للضرر في القانون الانكليزي

اجاز المشرع الانكليزي لكل من الزوجين ان يطلب التطليق من القاضي لضرر الآخر به في حالات نص عليها في قانون ١٩٥٠ في مادته الاولى [١] .

١) الهجر :

اذا هجر احد الزوجين زوجه ، بارادته ، وبلا مبرر معقول او موافقة زوجه واستمر ذلك لمدة ٣ سنوات جاز للزوج الاخر ان يطلب التطليق من القاضي .

ويلاحظ انه يشترط للتطليق بسبب الهجر الشروط التالية :

١) ان حق طلب التطليق هو خاص بالمتضرر اي المهجور فلا يحق لمن هجر زوجه ان يطلب ذلك .

٢) ان يكون الهجر بدون سبب اما اذا كان الهجر لسبب كمرض او سفر فلا يعتبر مسوغاً لطلب التطليق .

٣) ان لا يكون الهجر بموافقة الطرف الآخر وعلمه والا اعتبر علمه وموافقته رضا بهجره فلا يصلح حينئذ سبباً لطلب التفريق .

٤) ان يستمر الهجر ثلاث سنوات حتى رفع دعوى التطليق .

٢ ــ القسوة :

إذا عامل احد الزوجين الاخر بقسوة او اساء معاملته اساءة لا تحتمل معها الحياة الزوجية جاز للاخر طلب التطليق .

---

(١) مذكرات الدكتور الشرقاوي للدكتوراه ص ٤٧ .

وهذا من النصوص التي يتوسع القضاء في تطبيقها في كل ما من شأنه ان يجعل الحياة الزوجية غير محتملة الاستمرار او من شأنه ان يجعل الرابط بين الزوجين مهددة بالزوال .

٣ ــ ارتكاب بعض الجرائم :

اذا ارتكب الرجل جريمة الغصب او الوطء اثناء قيام الزواج ، جاز للزوجة طلب التطليق .

وهذا السبب كما يبدو خاص بالرجل دون المرأة بعكس الاسباب السابقة حيث هي حق مشترك للزوجين .

وهذه الاسباب الثلاثة في القانون الانكليزي ليست اسباباً ملزمة للتطليق بل هي من الاسباب الاختيارية التي تخضع لتقدير القاضي .

الفــرع الرابع

التفريق للضرر في القانون الالماني

يجوز لكل من الزوجين ان يطلب التطليق للضرر اذا اصبح استمرار الحياة الزوجية ذلك في المادتين ٤٣ و ٤٨ وقيد هذا الحق بالمادة ٥٠ ، حيث اشترط في قبول دعوى الطلاق ان يسبق ذلك محاولة الصلح بين الزوجين حرصاً من المشرع على دوام العلاقة الزوجية فان تعذر الصلح جاز طلب التطليق حينئذ .

جاء في المادة ٤٣ :

الاخلال بالتزامات الزواج :

اذا تسبب احد الزوجين بسيره الشائن او سلوكه المخل بالاداب في انفصام رباط الزوجية انفصاماً بالغاً بحيث لا يتصور استمرار المعيشة الزوجية [١] .

ويلاحظ في هذا النص ان حق طلب التطليق هو خاص بالمتضرر من الزوجين فقط .

وقد توسع القضاء الالماني في تفسير هذه المادة حتى جعل من الامتناع عن الواجب الزوجي او اهمال تعليم الاولاد ، او القسوة على الاولاد من زواج سابق ، او رفض الانفاق ، او اعتياد السكر ، او مزاولة مهنة تخل بالشرف صوراً من الاخلال الخطير بالتزامات الزواج [٢] .

وجاء في المادة ٤٨ :

---

(١) الاحوال الشخصية للاجانب ص ٥٨ .

(٢) مذكرات الدكتور الشرقاوي ص ٦٦ .

الهجر :

اذا افترق الزوجان مدة ثلاث سنوات واصبحت الحياة الزوجية مستحيلة الاستمرار جاز لكل من الزوجين طلب التطليق ولو كان المدعي هو المسبب في هذا الفراق .

وقيد المشرع الالماني تطبيق هذه المادة فيما اذا لم يتضرر الاولاد القصر من التفريق والا فلا يجوز للقاضي ان يحكم بالتطليق مراعاة لمصلحة الاولاد .

ويبدو لي ان اعطاء القانون حق طلب التطليق للزوج الذي افترق عن زوجه اي الذي تسبب بالهجر ففارق منزل الزوجية ينافي العدالة ، لان الزوج الذي يهجر زوجته مدة ثلاث سنوات يجب ان يعاقبه القاضي لا ان يستجيب لرغباته ، هذا فضلا عن افساح المجال لكل من اراد ان يطلق زوجته ولا يسمح له القانون بذلك فما عليه إلا ان يهجرها ثم يتقدم بطلب الطلاق فكأن الطلاق اصبح بالارادة المنفردة التي لا يقرها القانون الالماني وان كان الامر في ذلك كله منوط لتقدير القاضي .

الفــرع الخامس

التفريق الجثماني بين الزوجين للضرر في القانون الايطالي

لا يقر القانون الايطالي انحلال الزواج إذ أنه يعتبر الزواج رابطة ابدية لا تزول الا بالموت الا انه قد نص على حالات يجوز فيها لاحد الزوجين ان يطلب التفريق الجثماني. اذا ما توفرت شروطها لضرر الاخر به على ان يصدر بذلك حكم قضائي .

هذه الحالات هي :

١) هجر احد الزوجين منزل الزوجية عمداً — م ١٥١

٢) سوء معاملة احد الزوجين للآخر والاضرار به — م ١٥١

٣) تهديد احد الزوجين الآخر — م ١٥١

٤) اهانة احد الزوجين الآخر اهانة بالغة — م ١٥١

٥) صدور حكم جنائي ضد احد الزوجين بسجنه مدة تزيد على خمس سنوات . — م ١٥٢

٦) تعدي احد الزوجين على الآخر — م ١٥٢

٧) عدم اتخاذ الزوج لزوجته محل اقامة ثابتة بدون مسوغ او رفضه وضعها في منزل يليق بمثلها على الرغم من قدرته على ذلك . — م ١٥٣

الفصل الثالث

التفريق للاعسار بين الزوجين

المبحث الاول

التفريق للاعسار في الشريعة الاسلامية

تمهيد :

إن رابطة الزوجية رابطة مقدسة وهي حياة أبدية تقوم على التعاون والمحبة والمودة بين الزوجين فاذا اعترى هذه الحياة ظرف من الظروف التي لا يملكها الإنسان كما إذا أعسر الزوج بالنفقة فما هو موقف الزوجة ؟... هل تقف بجانب زوجها تشاطره آلام الفقر كما شاطرته لذة الغنى أم تتخلى عنه وتذهب إلى القضاء طالبة فسخ النكاح ؟..

إن المرأة الكريمة هي التي تبقى بجانب زوجها في السراء والضراء فالفقر ليس عاراً في شريعة الإسلام ، والمال غاد ورائح فالذي أعسر اليوم بعد يسار قد يغنى غداً بعد اعسار ، إنما العار كل العار أن يتخلى المرء عن أخيه في وقت هو أحوج ما يكون فيه إلى الصديق فضلاً عن الزوج .

ولا خلاف بين الفقهاء في أن نفقة الزوجة على زوجها سواء أكانت موسرة أم فقيرة[1] إنما الخلاف إذا اعسر الزوج بالنفقة ولم ترض الزوجة البقاء معه فهل لها أن تطلب مـن القاضي الطلاق ؟..

---

(١) لاخلاف بين الفقهاء على ان نفقة الزوجة على زوجها سواء أكانت فقيرة او موسرة ، فهي تستحقها جزاء احتباسه اياها عن الزواج وقال الله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وقال صلى الله عليه وسلم : « اتقوا الله في النساء فانكم اخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » . وقال عليه السلام لهند بنت عتبة لما شكت اليه شح زوجها ابي سفيان : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » رواه البخاري ٣٣٩/٤ والنسائي ٢٤٦/٨ والدارمي ص ٢٩٢ .

وفي تقدير النفقة ثلاثة اقوال :

١ – تقدير باعتبار حالها يسراً وعسراً .

٢ – تقدر باعتبار حال الزوج مع صرف النظر عن حالة الزوجة .

٣ – تقدر باعتبار حالهن جميعاً من يسر وعسر . وعليه الفتوى في المذهب الحنفي .

راجع في هذا البحث رسالة قيمة للشيخ احمد ابراهيم في النفقات وتفسير القرطبي ١٧٠/١٨ الروض النضير ٧٥/٤ ، نهاية المحتاج ٢٦١/٦ مغني المحتاج ٤٢٦/٣ ، مجمع الانهر ٤٩٨/١ . كشاف القناع ٣٨٦/٥ ، المغني ٧٧/٨ ، مواهب الجليل ١٨٨/٤ شرح الخرشي ٢٣١/٣

الفرع الاول

رأي المذاهب في التفريق للاعسار

في هذا الموضوع أربعة مذاهب :

المذهب الاول

عدم التفريق بين الزوجين للاعسار .

المذهب الثاني : مذهب الظاهرية

عدم التفريق للاعسار ، وتلزم الزوجة بالانفاق من مالها على زوجها ان كانت غنية ما دام معسراً .

المذهب الثالث : مذهب ابن القيم

التفريق للاعسار في حالتين :

١ ــ في حالة القدرة على الانفاق وامتناع الزوج عن ذلك .

٢ ــ في حالة تغرير الزوج بالزوجة انه غني والحال انه فقير .

المذهب الرابع : مذهب الجمهور

التفريق للاعسار في جميع الحالات التي يمتنع فيها الزوج عن الانفاق .

المذهب الاول : عدم التفريق للاعسار

قال به الاحناف وجمهور الزيدية وجمهور الجعفرية .

الاحناف :

قال الاحناف : لا يفرق بين الزوجين إذا اعسر الزوج بالنفقة ، بل تنفق الزوجة من مالها أو تستدين ثم ترجع على زوجها بما أنفقت حين يساره .

جاء في مجمع الانهر[1] :

« ولا يفرق القاضي بين الزوجين لعجز الزوج عن النفقة ، ولا بعدم ايفاء الزوج إذا كان غائباً ولو كان موسراً لأن العجز عن الانفاق لا يوجب الفراق » .

وقالوا : إذا كان امتناع الزوج عن النفقة وهو قادر عليها ، فالقاضي يجبره على الانفاق ، ولو أدى الأمر إلى حبسه . أما إذا امتنع عن اعسار فلا يحبس ، ولا يفرق بينه وبين زوجته ، بل يأمرها القاضي أن تستدين وهو دين في ذمة الزوج .

جاء في المبسوط[2] : « لأن الحبس إنما يكون في حق من ظهر ظلمه ليكون زاجراً له عن الظلم ، وقد ظهر هنا عذره لا ظلمه ، فلا يحبسه ولكن ينظر لها بأن يأمرها بالاستدانة. فترجع عليه بذلك إذا أيسر » .

ولكن المتأخرين من الأحناف رأوا الحرج فيما لو لم تجد الزوجة ما تنفقه كما لو كانت فقيرة مثلاً ولم تجد من يقرضها لتنفق فماذا تفعل . لهذا فقد استحسن بعضهم أن ينصب للقضاء في هـذه المسألة قاض من مذهبه التفريق بين الزوجين للاعسار فيفرق بينهما .

---

(١) مجمع الانهر ٤٩٨/١ .
(٢) المبسوط ١٨٧/٥ .

قال ابن عابدين نقلاً عن غرر الاذكار[1] : «... ان مشايخنا استحسنوا أن ينصب القاضي الحنفي نائباً ممن مذهبه التفريق بينهما إذا كان الزوج حاضراً وأبى عن الطلاق ، لأن دفع الحاجة الدائمة لا يتيسر بالاستدانة إذ الظاهر انها لا تجد من يقرضها وغنى الزوج مآلا أمر متوهم فالتفريق ضروري إذا طلبت » [2] .

الزيدية :

وقال الزيدية بعدم التفريق للاعسار وإن كان في بعض كتبهم ما يشير إلى جواز هذا التفريق .

جاء في التاج المذهب[3] : ولا يجوز فسخ النكاح بينهما عندنا لعدم الانفاق .

وجاء في المنتزع المختار حالات ثلاث للممتنع عن الانفاق[4] :

١) أن يكون ذلك لامتناعه عن النفقة مضارة مع قدرته عليها . فهذا لا فسخ بينهم . والعلة في ذلك : انه يمكن اجباره على الانفاق .

قال في الانتصار : فان لم يمكن اجباره فسخ على قول من أثبت الفسخ .

٢) أن يكون غائباً ولا مال له . فهذا لا يفسخ لأنه لا فسخ إلا بالاعسار وهذا لم يثبت اعساره بغيبته وجهل حاله .

وقال في الانتصار يفسخ .

٣) ان لا ينفق لاعساره: فالمذهب: انه يأمره القاضي بالتكسب فان توانى بينه وبين

---

(١) هو محمد امين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي . فقيه الديار الشامية وامام الحنفية في عصره . ولد في دمشق وتوفي فيها عام ١٢٥٢ هـ . له عدة مؤلفات منها رد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين ، والعقود الدريه في تنقيح الفتاوى الحامدية ، ومجموعة رسائل في مختلف ابواب الفقه ولــه كتاب صغير في علم اصول الفقه : نسمات الاسحار على شرح المنار .
راجع الاعلام للزركلي ج ٦ ص ٢٦٨ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٦٧٤/٢ .

(٢) التاج المذهب ٢٨٦/٢ .

(٤) المنتزع المختار ٥٤٢/٢ — ٥٤٤ .

مداناتها ان تعذر اجباره . فان عجز من غير توان : قيل لا يفرق بينهما .

وقال في الانتصار : إذا أعسر بالنفقة ولم يقدر على الكسب فللمرأة ثــلاث خيارات .

١) أن تمكنه من الاستمتاع والوطء ، والنفقة في ذمته .

٢) أن تمنع نفسها ولا تستحق النفقة .

٣) أو الفسخ وهو المختار . وقواه الإمام شرف الدين والإمام عز الدين .

وهو اختيار السيد محمد بن ابراهيم الوزير والإمام القاسم بن محمد والمفتي والشامي ومثله في الغاية عنهما . قال وقد بلغ الإمام شرف الدين في نصرته مبلغاً عظيماً والإمــام عز الدين بن الحسن فانه قرره والزم به حكامه .

ومن الذين أجازوا التفريق للاعسار من الزيدية أيضاً صاحب الروضة الندية [1] .

يقول : إذا كانت المرأة جائعة أو عارية في الحالة الراهنة فهي في ضرار والله يقول ولا تضاروهن ، وهي أيضاً غير ممسكة بالمعروف والله يقول : فامساك بمعروف أوتسريح باحسان بل هي ممسكة ضراراً والله يقول : ولا تمسكوهن ضراراً والنبي عليه السلام يقول لا ضرر ولا ضرار .

ويقول : ثم من أعظم ما يدل على جواز الفسخ بعدم النفقة ان الله قد شرع الحكمين بين الزوجين عند الشقاق وجعل اليهما الحكم بينهما . ومن أعظم الشقاق أن يكون الخصام بينهما في النفقة ، وإذا لم يمكنهما رفع الضرر عنهما إلا بالتفريق كان ذلك اليهما . وإذا جاز ذلك منهما فجوازه من القاضي أولى .

الجعفرية :

لم أجد لدى فقهاء الجعفرية من أجاز التفريق للاعسار بين الزوجين تمسكاً بأصل العقد ، ولكني وجدت فتوى لأئمتهم المعاصرين بالتفريق ان أصر الزوج على عدم الانفاق.

ومن هؤلاء الشيخ جواد مغنيه حيث أفتى بالتفريق للاعسار في كتابه الزواج والطلاق

---

(١) الروضة الندية ٣/٥٤ – ٥٥ .

في المذاهب الخمسة ونقل فتوى عن السيد أبي الحسن في الوسيلة :

« لو كان الزوج ممتنعاً عن الانفاق مع اليسار ورفعت أمرها إلى الحاكم ألزمه بالانفاق أو الطلاق ، فإذا امتنع ، ولم يمكن الانفاق عليها من ماله ولا اجباره على الطلاق فالظاهر ان للحاكم أن يطلقها إن أرادت الطلاق .

وبهذا أفتى السيد محسن الحكيم في رسالة (منهاج الصالحين) باب النفقات[1] .

على أننا إذا رجعنا إلى فقهاء الجعفرية المتقدمين لا نجد منهم أحداً أجاز هذا التفريق للاعسار ، فقد جاء في كتاب الخلاف للإمام الطوسي[2] :

« إذا أعسر فلم يقدر على النفقة على زوجته لم تملك زوجته الفسخ ، وعليها أن تصبر إلى أن يوسر » .

وقال الطوسي : ودليلنا قوله تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » ولم يفصل . وقال تعالى : « وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم ان يكونوا فقراء يغنيهم الله من فضله » ، فندب الفقراء إلى النكاح ، فلو كان الفقر سبباً تملك بـه فسخ النكاح ما ندب إلى النكاح من يملك الفسخ عقيب النكاح . واخبار أصحابنا واردة بذلك » .

---

(١) الزواج والطلاق ص ١٩٢ .

(٢) الخلاف في الفقه ٢/٣٢٩ طبعة ايران ١٣٨١ لشيخ الطائفة الامام ابو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي .

ادلة القائلين بعدم التفريق للاعسار

استدل أصحاب هذا المذهب على عدم التفريق للاعسار ، بما جاء في القرآن الكريم ، وما ورد بالسنة الكريمة ، وما روى عن بعض الصحابة والتابعين وبالقياس .

القرآن الكريم :

قوله تعالى : «لينفق كل ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه اللهلا يكلف الله نفساً إلا وسعها » .

وقوله تعالى : « لا يكلف الله نفساً إلا وسعها » .

ووجهة الاستدلال في هاتين الآيتين أن الله لم يكلف المرء فوق طاقته فلم يكلفه النفقة في حال اعساره ، وطالما ترك ما وجب عليه فلا إثم عليه ، وبالتالي فلا يكون سبباً للتفريق . إذ كيف يفرق بين شخص وزوجه وهو لم يرتكب إثماً ولا معصية .

وقال تعالى : « وانكحوا الايامى منكم » فهذا ندب إلى انكاح الفقير فكيف يجوز أن يكون الفقر سبباً للفرقة وهو مندوب معه إلى النكاح [1] .

السنة الكريمة :

وروى مسلم في صحيحه من حديث أبي الزبير عن جابر :

دخل أبو بكر وعمر رضي الله عنهما على رسول الله صلى الله عليه وسلم فوجداه جالساً حوله نساؤه واجماً ساكتاً فقال أبو بكر يا رسول الله لو رأيت بنت خارجه سألتني النفقة فقمت اليها فوجأت عنقها ، فضحك رسول الله وقال : هن حولي كما ترى يسألنني النفقة ، فقام أبو بكر رضي الله عنه إلى عائشة رضي الله عنها يجأ عنقها ، وقام عمر رضي الله عنه إلى حفصة يجأ عنقها كلاهما يقول : تسألن رسول الله ما ليس عنده فقلن والله

---

(١) تفسير القرطبي ٣/١٥٥ .

لا نسأل رسول الله شيئاً أبداً ما ليس عنده ، ثم اعتزلهن رسول الله شهراً [1] .

ووجه الاستدلال : ١) ان أبا بكر وعمر ضربا ابنتيهما إذ سألا رسول الله النفقة ، وهو لا يجدها فلو كان الطلب حقاً ومشروعاً لما استنكر الصحابيان الجليلان ما فعلت ابنتاهما ولما أقرهما عليه السلام على ضربهما لأن من يطالب بحقه لا يجوز ضربه .

٢) ثم ان النبي صلى الله عليه وسلم اعتزلهن شهراً فدل على ان الاعتزال عقوبة لهن على ما طالبن به ما ليس عند رسول الله ولو كان هذا من حقهن لما فعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وعلى هذا فاذا كان طلب النفقة في حال الاعسار غير مشروع فكيف تمكن المرأة من طلب الطلاق من القاضي لأمر لا حق لها فيه فدل على انــه لا يجوز التفريق لاعسار الزوج بالنفقة .

ما روي عن الصحابة والتابعين :

لم ينقل الينا ان أحداً من الصحابة طلق زوجته أو طلبت زوجته الطلاق لاعساره وفيهم الكثير من المعسرين .

وقد روى ابن جريج قال : سألت عطاء عمن لا يجد ما يصلح امرأته من النفقة قال ليس لها إلا ما وجدت وليس لها أن يطلقها .

روى عن الحسن البصري انه قال في الرجل يعجز عن امرأته قال : تواسيه وتتقي الله وتصبر وينفق عليها ما استطاع [2] .

القياس على الدين :

إن الله أمر صاحب الدين أن ينظر المعسر إلى الميسرة : قال تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة »[3] . وغاية النفقة أن تكون ديناً للزوجة على زوجها فما عليها إلا أن تصبر حتى الميسرة .

ووجه الاستدلال ان الدائن وجب عليه امهال مدينه إذا كان معسراً ، أفلا يجب على الزوجة امهال زوجها بالنفقة حتى يساره .

---

(١) زاد المعاد ٤/١٥٠ .
(٢) المصدر السابق .
(٣) سورة البقرة آية ٢٨٠ .

المذهب الثاني : مذهب الظاهرية

قال الظاهرية : إن نفقة الزوجة على زوجها ، فان امتنع الزوج عن الانفاق ووجدت زوجته مالاً لزوجها أخذته ولو دون علمه لتنفق على نفسها .

أما إذا كان الزوج معسراً فلا تفريق بين الزوجين إذ لا تملك زوجته طلب الطلاق .

فإذا كانت غنية وهو معسر فنفقته عليها ، أي ان الزوجة الموسرة تنفق على نفسها وعلى زوجها وليس لها حق الرجوع بما أنفقت ما دام معسراً ، إنما لها الرجوع بما أنفقت عليه في وقت يساره إذ النفقة تسقط عنه حين اعساره إلا إذا كان للزوج ولداً ووالد غير فقيرين فنفقته على احدها .

جاء في المحلى[1] :

« فان عجز الزوج عن نفقة نفسه وامرأته غنية ، كلفت النفقة عليه ولا ترجع عليه بشيء من ذلك ان ايسر إلا إذا كان للحر ولداً ووالد فنفقته على ولده أو والده الا أن يكونا فقيرين .

وبرهان ذلك قوله تعالى[2] :

وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها ، لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك[3] .

قال علي : « الزوجة وارثة فعليها نفقته بنص القرآن .. »

---

(١) المحلى ١٠/٩٢ .

(٢) سورة البقرة آية ٢٣٣ .

(٣) وقد ناقش ابن القيم في زاد المعاد ٤/٢٢٢ ما ذهب اليه ابن حزم فقال :
« يا عجباً لأبي محمد لو تأمل سياق الآية لتبين له منها خلاف ما فهمه ، فان الله سبحانه وتعالى قال : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وهذا ضمير الزوجات بلا شك مثل ذلك ، فجعل سبحانه على وارث المولود له او وارث الولد من رزق الوالدات وكسوتهن بالمعروف مثل ما على المورث فأين في هذه الآية نفقة على غير الزوجات حتى يحمل عمومها لما ذهب اليه » .

المذهب الثالث : مذهب ابن القيم

وذهب ابن القيم [1] خلافـــاً لمذهب الحنابلة انه لا تفريق للاعسار بين الزوجين إلا في حالتين :

اولاهما إذا كان الزوج قادراً على الانفاق على زوجته ولم ينفق ، ولم تقدر الزوجة أن تأخذ منه نفقتها ، كان لها أن تطلب الفسخ .

والحالة الثانية : انه لو غرَّ الزوج زوجته حين العقد وقال لها انه ثري ثم تبين لها انه فقير معدم فلها في هذه الحالة أن تطلب الفسخ أيضاً .

أما لو كان موسراً ثم أعسر فليس للزوجة أن تطلب الفسخ ، لأنه لا يملك المال للانفاق وامتنع إنما هي مصيبة حلت به فعلى الزوجة أن تصبر مع زوجها والمال غاد ورائح.وكذلك لا تملك الفسخ إذا تزوجته وهي عالمة بعسرته .

وقال ابن القيم في زاد المعاد[2] :

والذي تقتضيه أصول الشريعة وقواعدها في هذه المسألة : ان الرجل إذا غرَّ المرأة بأنه ذو مال فتزوجته فظهر معدمـــاً لا شيء له ، أوكان ذا مال وترك الانفاق على امرأته ولم تقدر على أخذ كفايتها من ماله بنفسها ولا بالحاكم ان لها الفسخ .

وان تزوجته عالمة بعسرته أوكان موسراً ثم أصابته جائحة أجاحت ماله فلا فسخ لها في ذلك . ولم تزل الناس تصيبهم الفاقة بعد اليسار ولم ترفعهم ازواجهم إلى الحاكم ليفرقوا بينهم وبينهن.

---

(١) هو محمد بن أبي بكر الدمشقي ، الاصولي المفسر ، شمس الدين ابو عبد الله بن القيم الجوزية . ولد سنة ٦٩١ وتفقه في المذهب الحنبلي ولازم شيخه ابن تيمية . اشتغل بالفقه والحديث . وقد امتحن واوذي اكثر من مرة بسبب جرأته في الحق .
له مؤلفات عديدة اهمها : اعلام الموقعين ، اغاثة اللهفان ، بدائع الفوائد تهذيب مختصر سنن ابي داود . زاد المعاد . الطرق الحكمية في السياسة الشرعية .

(٢) زاد المعاد ١٥١/٤ .

المذهب الرابع

وذهب المالكية والحنابلة والشافعية إلى أن للزوجة إذا أعسر زوجها بالنفقة ولم تصبر فلها أن ترفع أمرها للقاضي ، فيأمر زوجها بالانفاق أو التطليق فان أبى طلق عليه أو فسخ نكاحهما على خلاف في هذه المذاهب .

وهذه المذاهب وان اتفقت من حيث المبدأ إلا أنها اختلفت في بعض التفصيلات سوف نذكرها بعد أن نبين الأدلة التي استند اليها أصحاب هذا المذهب :

اولا : ادلة المجيزين للتفريق بين الزوجين للاعسار

استدل هؤلاء أيضاً على مذهبهم بالكتاب والسنّة وما اثر عن الصحـــابة والتابعين وبالقياس .

أما الكتاب الكريم :

فقوله تعالى : « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » وقوله تعالى : « ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا » .

ووجه الاستدلال بالآية الأولى : إن الله أمر الأزواج بإمساك زوجهاتهم بالمعروف فان تعذر ذلك فما عليهم إلا الطلاق باحسان . فإذا كان الزوج قادراً على الانفاق فما عليه إلا أن ينفق على زوجته بالمعروف أما إذا عسر وتعذر عليه الانفاق فالواجب عليه التسريح بإحسان ــ أي طلاق زوجته ــ قال القرطبي[1] : « إن من الامساك بالمعروف ان الزوج إذا لم يجد ما ينفق على الزوجة أن يطلقها ، فان لم يفعل خرج عن حد المعروف فيطلـــق عليه الحاكم من أجل الضرر اللاحق بها من بقائها عند من لا يقدر على نفقتها ، والجوع لا صبر عليه » .

---

(١) تفسير القرطبي ١٥٥/٣ .

ووجه الاستدلال بالآية الثانية : ان الله نهى الازواج عن امساك زوجاتهم للاضرار بهن لأن في هذا الامساك ضرراً ، حيث يعتدي الزوج على زوجته حين يمسكها فلا هو يحسن اليها بالانفاق ، ولا هو يتركها لعلها تجد سواه . فالمعسر اذن حينما يمسك زوجته دون أن ينفق عليها ودون أن يطلق هو ضار بزوجته معتد عليها ، والقرآن منعه من ذلك فان فعل فللقاضي رفع الظلم إذا ما اشتكت اليه الزوجة وذلك بأن يأمره بطلاقها فان لم يفعل طلقها القاضي .

والسنة الكريمة :

ما رواه أبو هريرة ان رسول الله قال : أفضل الصدقة ما كان عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى ، وابدأ بمن تعول . تقول المرأة إما أن تطعمني وإما أن تطلقني[1] . رواه الدارقطني .

ووجه الاستدلال : ان للزوجة حين الاعسار أن تطلب الطلاق أو الانفاق .

وما روي عن الصحابة :

إن عمر بن الخطاب كتب إلى امراء الاجناد في رجال غابوا عن نسائهم أن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا فان طلقوا بعثوا بنفقة ما جسوا . اخرجه الشافعي والبيهقي[2] .

وعن سعيد بن المسيب رضي الله عنه في الرجل لا يجد ما ينفق على أهله قال : يفرق بينهما .

وبالقياس :

فقد أجمع الفقهاء ما عدا ابن حزم على ان لزوجة العنين أن تطلب الطلاق من القاضي وذلك لتضررها ، والضرر لعدم الانفاق أشد وقعاً من الضرر بالعنة .

---

(١) سبل السلام ٣/٣٠٣ . ونص الحديث في البخاري : أفضل الصدقة ما ترك عن غني واليد العليا خير من اليد السفلى . وابدأ بمن تعول تقول المرأة : أما أن تطعمني واما أن تطلقني .

(٢) سبل السلام ٣/٣٠٧ .

جاء في المهذب[1] : ولأنه إذا ثبت لها الفسخ بالعجز عن الوطء والضرر فيه أقل ، فلأن يثبت بالعجز عن النفقة والضرر فيه أكثر و اولى .

مناقشة هذه الادلة :

١ ــ أما قوله تعالى : فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان . فان من غير المعقول أن يقال للممسك المعسر انه ممسك بغير معروف وانه ظالم لزوجته ، قد يقال بالنسبة للممتنع عن الانفاق على زوجته مع القدرة على ذلك ، وإلا للزم أن يكون فقراء الصحابة وهم كثر الذين لم يفارقوا زوجاتهم كانوا ظالمين لهن وغير ممكسين بالمعروف .

وقوله تعالى : ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ، فالرد ان امساك العاجز المعسر لا يعد ضراراً ، وإلا كان التفريق واجباً ولو لم يطلبه الزوجان . ولم يقل بهذا أحد .

فالعجز عن الانفاق لا يعتبر اضراراً كما ان امساك المعسر لزوجته لا يعتبر مضارة والله تعالى يقول : « لا يكلف الله نفساً إلا وسعها » .

٢ ــ وردوا حديث أبي هريرة بأنه ليس من كلام الرسول بل من استنتاج أبي هريرة ، ولو سلمنا انه من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم فليست فيه دلالة قاطعة على اجازة التفريق وموضوعه الغني القادر المتمنع عن الانفاق وليس بالمعسر .

٣ ــ وكذلك فان الاثر المروي عن عمر بن الخطاب لا يفيد أكثر من تخيير الأزواج بين الانفاق والطلاق ، والطلاق هنا بإرادة الازواج وليس بحكم الحاكم ، كما انه يدل على ان الازواج غير معسرين وإلا لما كان التخيير بين الانفاق أو الطلاق إذ المعسر لا يملك الانفاق فكيف له الخيار .

٤ ــ وأما قياس الاعسار على التفريق للعنة فانه قياس مع الفارق إذ أن مرض العنـــة مرض دائم لا يرجى زواله غالباً وان الاعسار أمر موقت لأن المال غاد ورائح فلا يجوز قياس أمر عارض على أمر غير قابل للشفاء والزوال .

---

(١) المهذب ١٧٥/٢ .

ثانيا ـ تفصيل مذهب التفريق للاعسار بين الزوجين

سنبحث لدى الشافعية والحنابلة والمالكية التفريق للاعسار بين الزوجين مع بيان أوجه الاختلاف فيما بين هذه المذاهب وذلك على ضوء النقط التالية :

١) هل يفرق بين الزوجين إذا امتنع الزوج عن الانفاق وهو قادر عليه .

٢) متى يجوز للزوجة أن تطلب التفريق لعدم الانفاق .

٣) هل هذا الحق يثبت للزوجة على الفور أم على التراخي .

٤) ما هو اثر علم الزوجة باعسار زوجها على اسقاط حقها في طلب الفرقة .

٥) ما هي النفقة التي إذا اعسر بها حق للزوجة طلب التفريق لأجلها .

٦) اثر هذه الفرقة وهل هي فسخ أم طلاق وهل يشترط أن تكون أمام القاضي .

* * *

١) اذا كان الزوج قادرا على الانفاق

مذهب الشافعية :

إذا امتنع الزوج القادر على الانفاق أن ينفق على زوجته ، فللقاضي أن يجبره على ذلك ، ولا يجوز لزوجته أن تطلب التفريق ما دام زوجها غنياً ، وعليها أن تأخذ من ماله ولو بدون رضاه ، فان لم تستطع فعليها أن ترفع الأمر إلى القاضي حيث يجبره على الانفاق .

وذلك أن التفريق بسبب الاعسار والممتنع عن الانفاق مع المقدرة ليس بمعسر . ولأن الموسر الممتنع قد يعود عن ظلمه فينفق على زوجته .

وكذلك ان كان الزوج غائباً فلا تفريق للاعسار لأنه لا يعرف حاله فقد يكون موسراً

فلا يجوز التفريق حينئذ ، وعلى الزوجة أن تنفق على نفسها ما دام غائباً وما تنفقه دين في ذمة زوجها . أما إذا علم اعساره في غيبته بالمكان الذي يقيم فيه فيجوز طلب التفريق .

جاء في نهاية المحتاج[1] : « اما ان كان موسراً وامتنع فلا فسخ . لأنها يمكنها أن تأخذ منه جبراً بقوة القضاء . أما ان كان غائباً ولم يثبت عسره فلا فسخ لأنه كالحاضر الممتنع . »

ولعل وجهة هذا النظر ان التفريق شرع للاعسار وما دام الزوج غير معسر فلا تفريق سواء أكان حاضراً أم غائباً .

على أن بعض الشافعية قالوا : لزوجة الغائب حق الفسخ ما دام لم يترك لها نفقة . وهذا في رأينا هو الاوجه إذ ما قيمة وجوده وغيابه إذا لم يكن هناك مال تنفق منه ، فسواء كان موسراً أم فقيراً فالمهم أن يكون لدى الزوجة ما تنفق منه من مال زوجها فان تعذر فيجب أن يكون لها الحق بالفسخ .

وقال في المهذب[2] : ومن أصحابنا من ذكر فيه وجهاً آخر انه يثبت لها الفسخ لأن تعذر النفقة بانقطاع خبره كتعذرها بالاعسار .

وكذلك لا يثبت للزوجة حق الفسخ إذا كان لزوجها دين على آخر وكان المدين موسراً فلها أن تطالبه بوفاء دينه لتنفق منه اما إذا كان المدين معسراً فلها حق طلب الفسخ لتعذر حصول الدين من معسر .

قال في المهذب [3] : « وان كان له دين على موسر لم يثبت لها الفسخ وان كان على معسر ثبت لها الفسخ »[4] .

---

(١) نهاية المحتاج ٦/٦٦٣ .
(٢) المهذب ٢/١٧٥ .
(٣) المصدر السابق .
(٤) جاء في تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ١٥٦ :
مذهب الشافعي رضي الله عنه : ان نفقة الزوجات واجبة بطريق المعاوضة عن الحبس ، كما وجب الصداق في مقابلة ما ثبت له من ملك الطلاق . واحتج في ذلك : بسقوط نفقتها عند خروجها وبروزها ، حيث فات المعوض .
=

مذهب الحنابلة :

وقال الحنابلة إذا امتنع الزوج الموسر عن الانفاق سواء أكان حاضراً أم غائباً فللزوجة أن تأخذ من ماله لتنفق على نفسها والا فالقاضي يجبره ان كان حاضراً أو يبيع من عقاراته ان كان غائباً وذلك للانفاق على زوجته .

أما إن غاب الزوج ولم يترك نفقة لزوجته ولم يترك شيئاً يبيعه القاضي للنفقة كان للزوجة أن تطلب التفريق .

جاء في الانصاف [1] : إذا كان له مال وكان غائباً كان للحاكم أن يبيع ولو من عقاراته لتنفق على نفسها ، وإلا كان لها الفسخ . هذا المذهب .

وجاء أيضاً : وان غاب ولم يترك لها نفقة ولم تقدر له على مال ولا الاستدانة عليه فلها الفسخ . هذا المذهب .

مذهب المالكية :

وذهب المالكية إلى أن الزوج إذا امتنع عن الانفاق وكان له مال ظاهر أخذت النفقة من ماله وتباع في ذلك عروضه وما يملكه سواء أكان حاضراً أم غائباً بعد أن يؤجله القاضي مدة لعله ينفق خلالها .

أما إذا لم يكن له مال ظاهر فان ادعى العسر ، منحه القاضي مهلة للانفاق فان مضت ولم ينفق طلق عليه . أما إذا ادعى القدرة وأصر على عدم الانفاق ففي المذهب قولان :
قيل يطلق عليه القاضي .

وقيل يسجن حتى ينفق .

= وذهبت الحنفية الى : انها واجبه بطريق الصلة لنفقة القريب . وزعموا ان النفقة تابعة في النكاح ، اذ ليس النكاح من عقود اكتساب المال .
ويتفرع عن هذه الأصل : ان الاعسار بالنفقة يثبت للمرأة حق الفسخ عندنا تحقيقاً للعوضية .
وعندهم : لا يثبت به إلا القدرة على مفارقة المنزل ، والخروج للاكتساب .

(١) الانصاف ٣٩/٩ .

جاء في شرح المواق[1] : فان غاب عن زوجة ولم يترك لها نفقة وله مال حاضر فرض لها القاضي نفقتها فيه بعد يمينها انه ما ترك لها نفقة ولا أرسل بها اليها ، ولا اسقطتها عنه .

وتباع في ذلك عروضه وأملاكه بعد تأجيله في الاملاك .

وجاء في مواهب الجليل[2] : ومن لم يثبت عسره وامتنع عن الانفاق أو الطلاق فتارة يقر بالملاءة وتارة يدعي العسر .

فان ادعى العسر : تلوم له وان اقر بالملاءة فحكى ابن عرفة في ذلك قولين :

أحدهما : — انه يعجل عليه للطلاق . والثاني انه يسجن حتى ينفق .

وإذا كان له مال ظاهر أخذت النفقة منه كرهاً .

وفي شرح الخرشي[3] : ويباع عقار الغائب في نفقة زوجته إذا لم يكن له مال ولا دين ولا وديعة بعد ثبوت ملكه له بالبينة .

يبدو لي ان الشافعية حينما ذهبوا إلى انه لا تفريق إذن كان الزوج قادراً على الانفاق بل يجبر على ذلك حتى ولو كان غائباً ولم يترك مالاً فلا تفريق خلافاً لما ذهب اليه المالكية والشافعية .

إن السبب في ذلك هو ان علة التفريق عند الشافعية هو ذات الاعسار . فاذا لم يثبت ذلك فلا تفريق . أما عند المالكية والحنابلة فان علة التفريق هو الضرر من عدم الانفاق فسواء كان موسراً وامتنع عن الانفاق أم كان معسراً ولم ينفق فالنتيجة واحدة والضرر حاصل للزوجة في كلا الامرين ولهذا أجازوا التفريق .

٢) اذا لم يكن للزوج مال

لا خلاف في المذاهب الثلاثة ان الزوج إذا امتنع عن الانفاق وكان معسراً فللزوجة أن تطلب التفريق من القاضي ان لم تصبر على فقره . أما لو أنفقت على نفسها خلال مدة

---

(٢) شرح المواق ٤/٢٠١ .

(٣) مواهب الجليل ٤/١٩٦ .

(٤) شرح الخرشي ٣/٣٤٠ .

اعساره فلها أن ترجع بما أنفقته على زوجها حين يساره لأن نفقة الزوجة على زوجها ، ولو كانت غنية .

جاء في نهاية المحتاج [1] : إذا عجز الزوج عن نفقة زوجته ولم تصبر فلها فسخ الزواج بعد أن ترفع الأمر إلى القاضي ... أما ان صبرت وانفقت على نفسها أصبحت النفقة في ذمة زوجها تأخذه متى أيسر .

وجاء في الانصاف[2] : إذا عجز الرجل عن أقل نفقة خيرت المرأة بين الفسخ وبين المقام معه على النكاح .

وفي فتاوى ابن تيمية[3] : إذا تعذرت النفقة من جهة فلها فسخ النكاح[4] .

وفي البهجة[5] : ـ ولها الفسخ ان عجز عن نفقة حاضرة لا ماضية .

* * *

٣) هل الفسخ فوري أم يخضع للتأجيل :

الشافعية :

قال الشافعية إذا عجز الزوج عن النفقة فان كان سبب ذلك مرض ألم به وكان مرجو الزوال انتظرت الزوجة وصبرت حتى شفائه أما إذا كان المرض طويل الشفاء فلها أن تطلب من القاضي الفرقة .

---

(١) نهاية المحتاج ٣٦٣/٦ .

(٢) الانصاف ٣٩٠/٩ .

(٣) ابن تيمية : تقي الدين احمد بن عبد الحليم ابن عبد السلام بن تيمية الحراني الدمشقي . ولد في حران عام ٦٦١ هـ وطلب العلم في دمشق وسافر الى مصر فسجن لفتوى خالف فيها علماء مصر ثم اطلق سراحه فعاد الى دمشق وتوفي فيها سنة ٧١٢ له مؤلفات كثيرة أشهرها : الفتاوى ، الاختيارات العلمية ، منهاج السنة ، مجموعة رسائل فيها ٢٩ رسالة . راجع الاعلام ٤٤/١ .

(٤) فتاوي ابن تيمية ٩٢/٤ .

(٥) البهجة ٣٩٧/٢ .

وفي كل وقت ثبت للزوجة حق طلب الفرقة فلها أن تتقدم إلى القاضي .

وفي وقت الفسخ قولان : قيل يفسخ في الحال بدون تأجيل .

وقيل بل يؤجل القاضي الزوج ثلاثة أيام فإذا لم ينفق فرق بينهما .

جاء في المهذب[1] : وان كانت نفقته في عمل فعجز عن العمل بمرض نظرت فان كان مرضاً يرجى زواله في اليومين والثلاثة لم يثبت لها الفسخ ، لأنه يمكنها أن تستدين ما تنفقه ثم تقضيه . وان كان مرضاً مما يطول زمانه ثبت لها الفسخ لأنه يلحقها الضرر لعدم النفقة .

وقال : وفي وقت الفسخ قولان : أحدهما ان لها الفسخ في الحال . والثاني انه يمهل ثلاثة أيام .

الحنابلة :

وذهب الحنابلة إلى أن الزوجة بالخيار في حق الفسخ فان شاءت أن تطلب ذلك فور اعسار الزوج كان لها ذلك ، وان شاءت التراضي في الطلب فهي بالخيار .

جاء في كشاف القناع[2] : وحق الفسخ بالتراضي ان شاءت لأنه كخيار العيب . ولها الفسخ من غير انتظار .

المالكية :

قال المالكية إذا رفعت الزوجة أمرها للقاضي للتفريق لاعسار زوجها فعلى القاضي امهال الزوج فترة من الزمن لعله ينفق أو يتدارك سبل العيش ولا تحديد لهذه المدة بل تخضع لتقدير القاضي حسب ظروف كل زوج وزوجته[3] .

---

(١) المهذب ٢/١٧٥ .

(٢) كشاف القناع ٥/٣٩٠ .

(٣) يقول القرافي في كتاب الاحكام في تمييز الفتاوي عن الاحكام . تحقيق الأستاذ الشيخ عبد الفتاح ابو غدة ص ١٤٦ ان الضابط الذي يرجع اليه في ترتيب الأحكام على اسبابها من غير حكم حاكم ، وما يفتقر لحكم الحاكم ان الموجب للافتقار لحكم الحاكم ثلاثة أسباب : السبب الأول : كون ذلك الحكم يحتاج =

وإذا مرض الزوج خلال مدة الانتظار فعلى القاضي أن يزيد مدة المرض في المهلة المقررة ان كان المرض يسيراً يرجى برؤه خلال أيام .

قال الدردير[1] : ونزيد في مدة التلوم ان مرض أو سجن بعد اثبات العسر لا في زمن اثباته فيزاد بقدر ما يرجى له شيء . وهذا إذا رجي برؤه من المرض وخاصة من السجن عن قرب والا طلق عليه .

وجاء في البهجة[2] : « ولما كان الاجل المذكور غير محتم بحيث لا يعدل عنه بل هو من جملة الآجال التي هي موكولة لاجتهاد الحكام فيوسعونها على من يرجى يسره ، ولا يوسعونها على من لا يرجى منه ذلك ، وعلى ما يرونه من حاجة صبر المرأة وعدم صبرها » .

٤) الرضا او العلم بالاعسار :

قال الشافعية والحنابلة : ان رضا الزوجة أو علمها باعسار زوجها لا يسقط حقها في طلب التفريق لأن هذا الحق متجدد في كل يوم وكذلك لو اشترط عليها ان لا نفقة لها عليه فلا يسقط حقها لأنه شرط يخالف مقتضى العقد .

جاء في نهاية المحتاج[3] : « لا يشترط عدم علمها بفقره عند العقد . فإذا علمت ورضيت به ثم عجز عن الانفاق لا يسقط حقها في الفسخ في النفقة لأن النفقة ضرورية للحياة ورضاها لا يسقط حقها » .

وجاء في الوجيز[4] : « وقولها رضيت باعساره ابداً وعدلاً يجب الوفاء به » .

وفي كشاف القناع[5] : « إذا رضيت بعسرته أو تزوجته عالمة به فلا يسقط حقها ،

= الى نظر وتحرير وبذل وجهد ...
ومن أمثلة ذلك : الطلاق بالاعسار ، لأنه يفتقر الى تحقيق الاعسار ، وهل ذلك الزوج من تستحق عليه النفقة حتى يقدح في استمرار عصمته الاعسار ، ام هو ممن ظاهر حاله العجز ابداً ، كما قال مالك : لو تزوجت رجلا من اهل الصفة « فقراء الصحابة » لم يكن لها التطليق بسبب الاعسار ، لدخولها عليه .

(١) الدردير على خليل ٦٠٨/٢
(٢) البهجة ٣٩٦/٢ .
(٣) نهاية المحتاج ٢٦٣/٦ .
(٤) الوجيز ١١٥/٢ .
(٥) كشاف القناع ٣٩٠/٥ .

أو شرط ان لا ينفق عليها » .

وحجة الحنابلة والشافعية : ان حق النفقة حق يتجدد في كل يوم فإذا اسقطت حقها في يوم ما فان هذا الحق يتجدد في اليوم التالي .

أما المالكية فقالوا ان علم الزوجة بفقر زوجها يسقط حقها في طلب التفريق للاعسار لأنها رضيت به فلا خيار لها .

جاء في الدسوقي[1] : إذا علمت حين العقد فقره فليس لها الفسخ .

وحجة المالكية : انهم قاسوا اسقاط حق الزوجة في النفقة على اسقاط حقهــا في طلب الفسخ للعنة فإما ما رضيت واسقطت حقها فلا تفريق حينئذ .

٥) ما هو مقدار النفقة التي ان اعسر بها الزوج حق للزوجة طلب التفريق

إن المذاهب الثلاثة التي أجازت التفريق للاعسار حددت النفقة بالقوت الضروري الذي لولاه لما استطاعت الزوجة الحياة ، حتى انهم قالوا يكفي الخبز دون الادام فان عجز عن الخبز كان لهـــا طلب التفريق وان كان في كل من المذهبين الحنبلي والمالكي قولاً بأنه يعتبر بالنسبة للزوجة الغنية نفقة الاغنياء . كما انهم اتفقوا على انه لا تفريـــق لنفقة ماضيه .

قال الشافعية في المهذب[2] : وان اعسر بما زاد على نفقة المعسر لم يثبت لها الفسخ لأن ما زاد غير مستحق بالاعسار . وان اعسر بالادم لم يثبت لها الفسخ لأن البدن يقوم بالطعام من غير ادم وان اعسر بالكسوة ثبت لها الفسخ لأن البدن لا يقوم بغير الكسوة كما لا يقوم بغير القوت .

---

(١) حاشية الدسوقي ٦٠٧/٢ .
(٢) المهذب ١٧٤/٢ .

وجاء في نهاية المحتاج[١] : لا فسخ عن النفقة المتجمدة الماضية ، ولكن ثبتت في ذمته .

وقال الحنابلة في الانصاف[٢] : وان اعسر بالنفقة الماضية، أو النفقة الموسر أوالمتوسط أو الادم ، أو نفقة الخادم فلا فسخ لها . هذا المذهب .

وقال ابن عقيل في التذكرة : ان كانت ممن جرت عادته بأكل الطيب وليس الناعم: لزمه ذلك . فان كان معسراً : ملكت الفسخ إذا عجز عن القيام به .

وقال في الرعاية الكبرى : وان اعتادت الطيب والناعم ، فعجز عنهما : فلها الفسخ .

وقال المالكية في شرح المواق[٣] : قال ابن القاسم : ان كانت ذات شرف ولم يجد الا قوتها لا يفرق بينهما .

قال مالك : وان لم يجد ما يواريها إلا ثوباً من غليظ الكتان لم يفرق بينهما وإن كانت غنية .

وفي شرح الخرشي[٤] : والزوج إذا كان قادراً على قوت زوجته الكامل من الخبز مأدوماً أو غير مأدوم كان ذلك من قمح أو غيره فإنه لا قيام لها بحق الفسخ ولوكانت ذات قدر وغنى على المشهور وكذا لا قيام لها إذا كان يقدر على ما يستر عورتها ويواريها من غليظ الكتان أو الجلد وكانت غنية .

وقال الدردير[٥] : ووجد من الكسوة ما يواري العورة أي جميع بدنها ولو من الخيش أو الصوف أو دون ما يلبسه فقراء المحل فلا يطلق عليه وان غنية .

وقال الدسوقي تعليقاً على هذا النص : هذا على المشهور خلافاً لاشهب . اي إذا كانت غنية فقد خالف اشهب وقال لها نفقة الأغنياء .

* * *

---

(١) نهاية المحتاج ٦/٢٦٠ .
(٢) الانصاف ٩/٣٨٧ .
(٣) المواق ٤/١٩٦ .
(٤) شرح الخرشي ٣/٣٣٨ .
(٥) الدردير ٢/٦٠٨ .

٦) آثار الفرقة وهل هي فسخ ام طلاق

ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الفرقة للاعسار هي فسخ ولا تصح إلا لدى الحاكم.

وذهب المالكية إلى انها فرقة بطلاق وليست بفسخ والطلاق رجعي وللزوج ان أيسر الرجوع إلى زوجته ما دامت في العدة.

قال الشافعية في المهذب[1] : وان اختارت الفسخ لم يجز الفسخ إلا بالحاكم لأنه فسخ مختلف فيه فلم يصح بغير الحاكم.

وقال الحنابلة في الانصاف[2] : ولا يجوز الفسخ في ذلك إلا بحكم حاكم.

وقال المالكية في شرح الخرشي[3] : كل طلاق أوقعه الحاكم فهو بائن إلا طلاق المولي والمعسر بالنفقة ، فللعسر الرجعة ان وجد في العدة يساراً يقوم بواجب مثلها.

وقال : فان اراد الزوج أن يراجعها فانه لا يمكن من ذلك ، بل ولا يصح إلا بعد أن يوجد معه يسار يقوم بواجب مثله لا أقل لأن الطلقة التي أوقعها الحاكم كانت لاجل فقره فلا يمكن من الرجعة إلا إذا زال موجب الطلقة وهو الاعسار الا أن ترضى لأن الحق لها.

ويلاحظ ان النفقة في هذه الحالة يجب ألا تقل عن نفقتها المعتادة في حال يساره لا نفقة الاعسار التي نص عليها الفقهاء حين فقره.

---

(١) المهذب ٢/١٧٥.

(٢) الانصاف ٩/٣٩١.

(٣) شرح الخرشي ٣/٣٣٨.

الفرع الثاني

التفريق للاعسار بين الزوجين

في قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية

ذهبت معظم قوانين البلاد العربية إلى التفريق بين الزوجين إذا ما اعسر الزوج وطلبت الزوجة الطلاق من القاضي ، فالقاضي يأمر الزوج بالانفاق أو الطلاق فان أبى طلق عليه والطلاق رجعي يجوز للزوج ان يراجع أو انه إذا أثبت يساره ما دامت في العدة وذلك كله أخذاً من المذهب المالكي .

إلا أن القانون اللبناني لم يجز التفريق لعدم الانفاق أخذاً من المذهب الحنفي والقانون العراقي ليس فيه من الوضوح ما يدل على التفريق في حال الاعسار وان كان صريحاً في التفريق لعدم الانفاق وهذا ما ذهب اليه الشافعي .

لبنان :

م ٩٤ : إذا امتنع الزوج الحاضر عن الانفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة ، يقدر الحاكم النفقة حسب حال الطرفين اعتباراً من يوم الطلب .

م ٩٦ : إذا عجز الزوج عن الانفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة فالحاكم يقدر النفقة اعتباراً من يوم الطلب على أن يكون ديناً بذمة الزوج ويأذن للزوجة بأن تستدين باسم الزوج .

العراق :

م ٤٥ ف ١ ـ للزوجة أن ترفع الدعوى بطلب التفريق من زوجها في الحالتين :

١) امتناع الزوج من الانفاق عليها دون عذر مشروع بعد امهاله مدة أقصاها ستون يوماً .

٢) تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه أو فقده أو اختفائه أو الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على السنة .

٢ – يعتبر تفريق القاضي في الحالتين المتقدمتين طلاقاً رجعياً .

تونس :

الفصل ٣٩ : لا يلزم الزوج بالنفقة إذا أعسر إلا أن الحاكم يتلوم له بشهرين ، فان عجز بعد اتمامها عن الانفاق طلق عليه زوجته ، وإذا كانت الزوجة عالمة بعسره حين العقد فلا حق لها في طلب الطلاق .

الفصل ٤٠ : إذا غاب الزوج عن زوجته ولم يكن له مال ولم يترك لها نفقة ولم يقم أحد بالانفاق عليها حال غيابه ضرب له الحاكم أجلاً مدة شهر ، على أن يظهر ثم يطلق عليه بعد ثبوت ما سلف وحلف المرأة على ذلك .

ويلاحظ أن القانون التونسي نص صراحة على ان علم المرأة باعسار زوجها يسقط حقها في طلب التفريق للاعسار .

وهذا يوافق ما جاء في المذهب المالكي خلافاً للمذهبين الشافعي والحنبلي .

مصر :

م ٤ : إذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله فان لم يكن له مال ظاهر ولم يقل انه معسر أو موسر ، ولكن أصر على عدم الانفاق طلق عليه القاضي في الحال .

وان ادعى العجز فان لم يثبته طلق عليه حالاً وان أثبته أمهله مدة لا تزيد على شهر فان لم ينفق طلق عليه بعد ذلك .

م ٥ : إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله وان لم يكن له مال ظاهر اعذر اليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلاً فان لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للانفاق عليها طلق عليها القاضي بعد مضي الاجل .

فان كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول اليه أو كان مجهول المحل أو كان مفقوداً وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي .

وتسري أحكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة .

م ٦ : تطليق القاضي لعدم الانفاق يقع رجعياً وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت ايساره واستعد للانفاق في أثناء العدة فان لم يثبت ايساره ولم يستعد للانفاق لم تصح الرجعة .

الاردن :

ونفس المواد التي جاء بها القانون المصري أخذ بها القانون الاردني في مواده ٩٨ — ٩٩ — ١٠٠ .

سورية :

م ١١٠ ف ١) يجوز للزوجة طلب التفريق إذا امتنع الزوج الحاضر عن الانفاق على زوجته ، ولم يكن له مال ظاهر ولم يثبت عجزه عن النفقة .

٢) ان ثبت عجزه أو كان غائباً أمهله القاضي مدة متناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر فان لم ينفق فرق القاضي بينهما .

م ١١١ : تفريق القاضي لعدم الانفاق يقع رجعياً وللزوج أن يراجع زوجته في العدة بشرط أن يثبت يساره ويستعد للانفاق .

المغرب :

وبمثل المواد التي جاء بها القانون السوري نص القانون المغربي في الفصل الثالث والخمسون .

السودان :

يعتبر السودان أول بلد عربي نصت تشريعاته على جواز التفريق للاعسار بين الزوجين ، كما انه التشريع الوحيد الذي جاءت أحكامه مفصلة في هذا الموضوع أخذاً من المذهب المالكي الذي يعتنقه اخواننا المسلمون في القطر الشقيق .

ونذكر نصوص المنشورات الشرعية بكاملها . مع الإشارة إلى أنه يرجع إلى المذهب المالكي في تفسير الغامض منها :

المنشور الشرعي رقم ١٧ الصادر في سنة ١٩١٥ .

م ١ : إذا كان للزوج مال يمكن الحصول على نفقة زوجته منه نفذ الحكم بنفقتها المستحقة شرعاً لها فيه سواء كان نقداً أو منقولاً أو عقاراً .

ويجوز للزوجة اثبات مال زوجها الغائب ان كان ديناً أو وديعة عند أحد واثبات عقاره أيضاً للحصول على نفقتها منه ومثل الزوجة في ذلك الأولاد والابوان فاذا لم يوجد للزوج مال يمكن الحصول على النفقة منه فإما أن يكون حاضراً أو غائباً .

م ٢ : الزوج الحاضر : إذا فرضت النفقة للزوجة وتعذر ايصالها اليها لعدم وجود مال ظاهر يمكن التنفيذ فيه وأصر الزوج على عدم الانفاق ، وجاءت إلى القاضي تطلب الطلاق مدعية اعساره ، فان وافقها على الاعسار تمهل له القاضي مدة لا تزيد عن الشهرين انتظار اليسار ، فان ايسر فيها وأنفق منعت من دعوى الطلاق وإلا طلق عليه ، أما إذا ادعى اليسار وكذبها في دعوى الاعسار ضرب القاضي له أجلاً لينفق فيه أو يطلق ، فانلم يفعل أحد الأمرين أثناء الأجل طلق عليه بعد انقضائه فوراً .

وإذا جاءت المرأة مدعية يساره طالبة النظر والفراق لعدم حصولها على النفقة وادعى هو الاعسار وأثبته ببينة وحلف انه لا مال له وانه لا يقدر على ما فرض عليه تمهل له القاضي مدة لا تزيد عن الشهرين ثم طلق عليه ، أما إذا لم يثبته وادعى اليسار ضرب له أجلاً لينفق فيه أو يطلق فان لم يفعل أحد الأمرين طلق عليه فوراً .

م ٣ : أحكام الفقير الغائب الذي يمكن وصول الاعلان اليه .

إذا تقدمت امرأة إلى القاضي وطلبت التطليق على زوجها الغائب معلوم الجهة الذي يمكن وصول الاعلانات اليه بسبب انه معسر عن الانفاق عليها ، فبعد اعلانه بالطرق والأوضاع المبينة في اللائحة النظامية ان احضر أمام المحكمة يعامل بمقتضى الأحكام السابقة ، أما إذا لم يحضر فمتى أثبتت المرأة الزوجية وبقاءها واستمرارها في طاعته واستحقاقها للنفقة عليه وعدم اسقاطها عنه وعدم وجود ما تعدى فيه نفقتها تمهل القاضي

مدة ثلاثين يوماً وأعلنه بها فإذا لم يعد في خلالها ولم يرسل اليها النفقة طلقها عليه بعد ان يحلفها اليمين على انه لم يترك لها نفقة ولا وكيلاً بها ولا وصل اليها شيء من النفقة ولم يعد اليها سراً ولا جهراً ، ولا رضيت بالمقام معه بدون نفقة ، وانها تستحق النفقة عليه ولا تعلم له ما لا تعدى فيه نفقتها ولا تعلم ان عصمة النكاح بينهما انفصلت بوجه من الوجوه .

م ٤ : أحكام الفقير الغائب مجهول الجهة أو الذي لا يمكن وصول الاعلانات اليه .

إذا تقدمت امرأة إلى القاضي وطلبت التطليق على زوجها الغائب مجهول الجهة أو الذي لا يمكن وصول الاعلانات اليه بسبب العسر عن النفقة كان على القاضي أن يبحث عنه بواسطة أقاربه ومعارفه وكل من يظهر للقاضي أن لهم رابطة به وبواسطة الكتابة إلى جهة مظان وجوده ومتى تحقق لديه غيبته على الصفة المذكورة اذنها في الدعوى ، فاذا أثبتتها على النحو المبين في المادة السابقة تمهل القاضي مدة لا تزيد عن الشهر حتى إذا انقضى الأجل ولم يعد الزوج ولم يرسل اليها شيئاً حلفها على الوجه السالف وطلقها عليه .

م ٥ : الطلاق الذي يوقعه القاضي في جميع الاحوال طلاق رجعي يحلل للزوج معه مراجعة المرأة إذا عاد اليها في العدة موسراً قادراً على استدامة النفقة وكانت مدخولاً بها ، وطلاق بائن تملك به أمر نفسها إذا لم تكن مدخولاً بها .

م ٦ : إذا تطوع قريب الزوج الغائب أو أجنبي عنه بنفقة الزوجة فلا تجاب إلى طلب الطلاق للاعسار .

م ٧ : إذا عجزت المرأة عن اثبات غيبة زوجها لغربتها وعدم من يعرف زوجها فان القاضي يحلفها اليمين المتقدمة ويطلقها عليه ان شاءت ويسمي القاضي في حكمه الزوج الذي ذكرت ويصفه أيضاً بما ذكرت فان قدم وأنكر الزوجية لم يضر ، وان أقر بها وقع عليه الطلاق .

م ٨ : إذا قدر الزوج على القوت كاملاً ولو من خشن المأكول أو خبز بغير أدم وعلى الكسوة التي تواري جميع البدن ولو من خشن الملبوس فلا تطلق عليه .

م ٩ : المطلقة لعدم النفقة إذا رجع زوجها وأثبت انه كان أرسلها ووصلتها أو تركها عندها أو أسقطتها في المستقبل فلا تفوت عليه إلا إذا تزوج بها رجل ودخل بها .

ملاحظاتنا حول مواد التفريق للاعسار :

١) لم تفرق قو انين البلاد العربية بين حالتين كان يجب التفريق بينهما هي حالة امتناع الزوج عن الانفاق مع قدرته وحال امتناعه عن الإنفاق مع عدم قدرته .

فالزوج القادر على الانفاق إذا لم ينفق على زوجته يجب تعزيره فضلاً عن تطليق زوجته عليه إن أبى الطلاق .

أما إذا كان الامتناع عن الانفاق للاعسار فالأمر في رأيي يختلف عن الحالة الأولى .

٢) لم تفرق القوانين بين الزوجة الغنية والزوجة الفقيرة وفي رأينا انه يجب التفرقة بينهما . فالزوجة إذا كانت غنية تستطيع الانفاق على نفسها وعلى زوجها فهذه يجب ألا يفرق بينها وبين زوجها إذ مناط التفريق يجب أن يكون الضرر ولا ضرر هنا من زوجة غنية تملك الانفاق ولا تنفق .

ومن الطبيعي أن تعتبر الزوجة التي لا مال لها ولها كسب تستطيع الانفاق منه كما لو كانت موظفة مثلاً بحكم الموسرين . فهذه في رأينا يجب أن تنفق على زوجها حرصاً على بقاء الحياة الزوجية ما أمكن لذلك سبيلاً ، وخاصة وان الفقر موقت قد لا يدوم .

أما ان لم تكن موظفة أو لا كسب لها فليس من المعقول أن نطالبها بالعمل لتنفق على زوجها لأن في هذا ارهاقاً فضلاً عن ان عدداً من المذاهب أباح لها طلب التفريق ولو كانت غنية .

فالزوجة الغنية ان كان زوجها ممتنعاً عن الانفاق عن قدرة فهذا كما قلنا يجب أن يفرق بينه وبين زوجته لأنه ظالم لا فرق في هذا ان كانت زوجته فقيرة أو غنية .

أما إذا كانت الزوجة فقيرة والزوج معسر لا يملك النفقة فهذه يفرق بينها وبين زوجها إذا طلبت ذلك لأنها لا تستطيع الحياة بدون نفقة .

٣) لم تحدد القوانين ــ ما عدا السوداني منها ــ مقدار النفقة التي ان اعسر بها الزوج فرق القاضي بينهما إذا طلبت الزوجة ذلك ، وقد رأينا في المذهب المالكي وهو مصدر هذه المواد انها النفقة الضرورية . بل جميع المذاهب التي أجازت التفريق للاعسار حددته

النفقة بالضروريات التي لولاها ما قامت الحياة لا نفقة الموسرين .

وكان الاجدر بالقوانين أن تحدد رأيها في الموضوع ليعرف القضاء وجهة المشرع في هذه النقطة وهل هي كما ذهبت المذاهب ، ام انها النفقة المعتادة بين الزوجين .

٤) اعتبرت جميع القوانين التي أجازت التفريق للاعسار الفرقة طلاقاً رجعياً وهو فقه حسن وفيه مراعاة لظروف الزوج فقد يوسر وامرأته في العدة فيعود اليها .

وأيضاً لم تحدد القوانين النفقة التي ان حصل عليها استطاع الرجوع إلى زوجته هل هي نفقة الاعسار أم النفقة المعتادة ؟..

والمصدر لهذه المواد يقول انها النفقة المعتادة بين الزوجين أما إذا حصل على نفقة الاعسار ، فلا يحق له الرجوع والرجعة باطلة .

* * *

الفرع الثالث

الاجتهادات القضائية

في قرار لمحكمة التمييز السورية[1] : ان نفقة الزوجة تستوجب على الزوج ولو كانت غنية غير محتاجة .

كما قررت أنه إذا تقدمت الزوجة بدعوى تطلب التفريق للاعسار وردت الدعوى للاعسار لا يمنع تجديدها .

مقدار النفقة للزوج المعسر :

جاء في حكم لمحكمة ديروط الشرعية[3] : ادعاء الزوجة اعسار زوجها وتقدير ما تطلبه من نفقتها بمثل النفقة على الموسرين تناقض مانع من سماع دعواها بالطلاق للاعسار إذا كان هناك كفيل بالنفقة .

في حكم لمحكمة سنورس الشرعية[4] : لا تطلق الزوجة للاعسار إذا كان لها كفيل بالنفقة وموسر وله مال ظاهر .

---

(١) قرار التمييز السورية ١٩٥٣/٤/١٦ وفي قرار آخر في ١٩٥٤/٨/٣١ أن نفقة الزوجة تترتب على الزوج ولو كانت موثرة ولا فرق بين اليسار الاصلي والطارىء .

(٢) التمييز السورية ١٩٥٣/٩/٩ .

(٣) محكمة ديروط الشرعية بمصر ٢٥ محرم ١٣٦٥ في ديسمبر ١٩٤٥ المحاماة الشرعية س ٣ ع ٦ ص ٥٦٨ .

(٤) محكمة سنورس الشرعية ١٢ رمضان ١٣٥٠ ٢٠ يناير ١٩٣٢ المحاماة الشرعية س ٣ ع ٦ ص ٥٦٨ .

الزوج الغائب اذا لم يترك نفقة :

في حكم لمحكمة المحلة الكبرى الشرعية [1] : إذا تعذر الاعذار إلى المدعى عليه بالانفاق في الغيبة القريبة حكم القاضي بالتفريق بدون اعذار الحاقاً للغيبة القريبة بالغيبة البعيدة .

شروط الرجعة للمطلق للاعسار :

في حكم لمحكمة الفيوم[2] : « لا تسمع من الزوج دعوى مراجعة لمطلقته للاعسار ما دامت حاله لم تتغير إلى ايسار » .

ولكننا نرى ان هذا لا يكفي بل لا بد من شرط آخر وهو استعداده للانفاق إذ يساره وحده غير كاف للرجعة .

كما جاء في حكم لمحكمة شبين القناطر الشرعية[3] :

لا تصح الرجعة من طلاق للاعسار إلا إذا أيسر الزوج واستعد للانفاق .

القاضي هو الذي يقدر مقدار اليسار :

جاء في حكم لمحكمة الاسكندرية الابتدائية الشرعية[4] :

لا يرتفع الضرر بعد ثبوت الاعسار والحكم بالطلاق بعرض نفقة شهر بعد امتناع أشهر وبعد الاعذار بالطلاق والقاضي هو الذي يقدر كفاية اليسار وعدمه وحقيقة الاستعداد للانفاق .

ونلاحظ على هذا الحكم انه أعطى القاضي حق تقدير يسار الزوج واستعداده للانفاق ونحن نرى أن القاضي مقيد في هذا بالمذهب الذي استمد منه الشارع هذا النص وهو أن النفقة في مثل هذه الحالة هي نفقة الموسرين لا نفقة الفقراء فان لم تتوفر فلا تصح الرجعة .

---

(١) محكمة المحلة الكبرى الشرعية ٣ صفر ١٣٥٣، ١٦ مايو ١٩٣٤ .

(٢) محكمة الفيوم ٢٩ صفر ١٣٥٣ في ٢١ يونيه ١٩٣٤ المحاماة الشرعية س ٦ ع ٦ ص ٧٩١ .

(٣) محكمة شبين القناطر الشرعية ٨ جمادى الثاني ١٣٥١، ١٨ اكتوبر ١٩٣٢ المحاماة س٤ ص ٣٢٨ .

(٤) محكمة الاسكندرية الابتدائية الشرعية ٥ ربيع أول ١٣٥٣، ٢٥ ابريل ١٩٣٩ المحاماة س ١٠ ص ٨٢٤ .

اما اذا اصر على عدم الانفاق وراجع زوجته فالرجعة باطلة :

جاء في حكم لمحكمة ههيا الجزائية الشرعية[1] : تبطل الرجعة بعد الطلاق للاعسار ما دام الزوج مصراً على الامتناع عن النفقة .

والرجعة صحيحة بشرطيها السابقين ما دامت الزوجة في العدة :

في حكم لمحكمة طنطا الشرعية[2] : تقع الرجعة صحيحة شرعاً ، بعد الطلاق للاعسار إذا كانت في العدة وعرض عليها زوجها نفقتها الحاضرة .

* * *

(١) محكمة ههيا الشرعية الجزئية ٩ رمضان ١٣٤٩ ٢٨ يناير ١٩٣١ المحاماة الشرعية ص ٨٠ س ٣ع ١

(٢) محكمة طنطا الشرعية ذي القعدة ١٣٥١ في ٧ مارس ١٩٣٣ المحاماة الشرعية س ٥ ع ٩ .

الفرع الرابع

المواد المقترحة للتفريق بين الزوجين للاعسار

م ١ : إذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته وكان له مال ظاهر أو دين على موسر نفذ القاضي عليه ما يكفي للانفاق على زوجته .

أما إذا لم يكن له مال ظاهر وكان قادراً على الانفاق وأصر على عدم الانفاق طلق القاضي عليه إذا أبى الطلاق وطلبت الزوجة ذلك بعد تعزيره سجناً .

م ٢ : إذا كان الزوج معسراً لا يملك الانفاق وطلبت زوجته التفريق فان كانت فقيرة ، ولم تجد من يقرضها على زوجها فرق بينهما .

أما إن كانت غنية فلا يفرق بينهما بل تجبر على الانفاق على نفسها وعلى زوجها حتى يساره .

م ٣ : التفريق للاعسار يكون حين يعسر الزوج عن نفقة المعسرين وهي النفقة الضرورية ، لا النفقة المعتادة الواجبة عليه حين يساره .

م ٤ : الطلاق للاعسار رجعي .

م ٥ : تصح مراجعة الزوج ما دامت الزوجة في العدة إذا أيسر واستعد للانفاق النفقة المعتادة .

م ٦ : لا يعتبر الاعسار عن نفقة ماضية متجمدة بل تعتبر كسائر الديون .

* * *

المبحث الثاني

التفريق للاعسار لدى اليهود

طائفة الربانيين

يلزم الزوج لدى اليهود بالانفاق على زوجته ، فاذا اعسر كانت النفقة ديناً في ذمته . فاذا استدانت الزوجة من آخر لتنفق على نفسها وجب على الزوج وفاء الدين حين اليسار . أما إذا تطوع شخص وأنفق على الزوجة بدون اذن الزوج فلا يحق له الرجوع عليه إلا إذا كان مديناً له .

وفي حالة عدم وجود من يقرض الزوجة للانفاق أو يتطوع ذلك واعسر الزوج عن النفقة الضرورية فيجب على الزوج حينئذ أن يطلق زوجته .

وفي حالة غياب الزوج :

إذا لم يترك الزوج نفقة واستدانت الزوجة كان ذلك على زوجها ديناً في ذمته .
جاء في المادة ١١٣ : إذا استدانت الزوجة من أجل النفقة حال غياب زوجها لزمه الدين[١] .

وفي حالة تطوع آخر بالانفاق :

م ١١٤ : إذا تطوع أحد وأنفق على الزوجة فلا رجوع له على الزوج بغير ارادته وإنما إذا كان المنفق دائناً له وجبت المقاصة[٢] .

---

(١) الاحكام الشرعية للاسرائيليين .

(٢) راجع بحث المقاصة في الفقه الاسلامي للدكتور محمد سلام مدكور . وهو من البحوث الهامة في الفقه المقارن .

اذا تركت الزوجة بيتها للشقاق :

م ١١٩ : إذا قام شقاق بين الزوجين وكان الرجل السبب فيه واضطرت المرأة أن تترك بيته واستدانت لتنفق لزمه الدين .

ويبدو من هذه المادة ان الناشزة التي تترك بيتها بدون سبب من الزوج لا نفقة لها .

وكذلك اذا تركت البيت لضرب زوجها :

م ١٢٢ : إذا تركت الزوجة المنزل هرباً من الضرب واخطرت ان تستدين لتنفق لزم زوجها الدين .

أما في حالة الاعسار :

م ٢١٥ : إذا اعوز الرجل حتى لم يعد في وسعه القوت الضروري لزمه الطلاق وبقيت حقوق الزوجية ديناً في ذمته .

على أن الزوجة إذا أنفقت على نفسها من مالها الذي اكتسبته من جهدها الخاص فليس لها أن تسترد ما أنفقت إذا كان زوجها معسراً وكانت النفقة في الحدود المألوفة المعتادة .

أما إذا أنفقت أكثر من النفقة المعتادة فان الزوج يلزم بدفع هذه الزيادة لزوجته حين يساره .

وقد جاء في المادة ١١٦ من كتاب حاي بن شمعون :

إذا أنفقت الزوجة من كدها فليس لها مطالبة على الرجل ، وإنما ما يفيض عما أنفقت يكون لها دونه .

م ١١٧ :

إذا عارضت الزوجة أن تنفق من كدها ، وأنفقت أكثر مما ربحت وجب على زوجها أن يكمل لها ما نقص .

طائفة القرائين

لا خلاف لدى اليهود في التفريق للاعسار ووجوب النفقة على الزوج فقد جاء في شعار الخضر[1] : للمرأة على الرجل نفقتها وكسوتها .

وقال[2] : ومحصل الأمر وجوب النفقة والكسوة والاحصان وإلا فالطلاق إذا قصر ما لم تعف .

ويلاحظ ان القواعد التي جاءت في هذا الموضوع لدى طائفة القرائين مختصرة على خلاف ما جاء لدى طائفة الربانيين .

ويرى بعض الشرّاح المعاصرين انه يمكن تطبيق قواعد الربانيين على جميع اليهود[3] .

مقارنة بين الشريعة الاسلامية واليهودية في التفريق للاعسار

تتفق الشريعتان على أن نفقة الزوجة على زوجها في حال يساره حيث ينفق وفي حال إعساره حيث تكون ديناً في ذمته .

وكذلك في حال الاستدانة فواجب الوفاء من الزوج إذا اضطرت الزوجة للاستقراض من أجنبي إذا لم تكن الزوجة ناشزة والافلا نفقة لها .

أما نقطة الخلاف فهي جوهرية في رأيي وهو ان التطليق على الزوج في حال الاعسار لدى الشريعة اليهودية بينما في الشريعة الإسلامية هو حق للزوجة لها أن تطالب به ولها أن تصبر على اعساره ولا يجب على الزوج الطلاق إذا لم تطلبه الزوجة .

وكذلك تختلف الشريعتان بأن الشريعة الإسلامية لا تكلف الزوجة بالانفاق ولو أنفقت على نفسها كانت النفقة ديناً في ذمة الزوج تطالبه بها حين يساره ، على خلاف ما هو عليه العمل لدى الشريعة اليهودية إذ لا رجوع للزوجة بما أنفقت بمثل هذه الحالة كما بينا .

---

(١) شعار الخضر ص ١١١ .
(٢) المصدر السابق ص ١١٣ .
(٣) الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ٣٢٥/٢ . الدكتور احمد سلامه .

الباب الخامس

الطلاق بحكم الشرع والقانون

وهو يتضمن :

الفصل الاول : اللعان والتفريق للزنا

الفصل الثاني : الظهار

الفصل الثالث : الايلاء

الفصل الرابع : الفرقة بتغيير الدين

الفصل الاول

اللعان أو التفريق للزنا

أجمعت الشرائع والقوانين على استنكار الزنا باعتباره من الجرائم التي تهدكيان المجتمع وتعمل على تفتيت أواصر وحدته وان اختلفت في مقدار العقوبة نظراً لاختلافها في تكييف هذه الجريمة ، وهل هي جريمة عامة تهم المجتمع فيجب عليه أن يعمل لمكافحتها ، أم هي جريمة خاصة تهم من تضرر منها .

لا خلاف بين الشرائع والقوانين ان جريمة الزنا من أحد الزوجين أشد وقعاً وأكثر أثراً من جريمة غير المتزوج ، ويشارك الإسلام في هذه النظرة من حيث العقوبة ، فعقوبة الزوج أشد من عقوبة غير المتزوج في شريعة الإسلام .

إلا أن الإسلام يمتاز بنظرته إلى زنا الزوجين على انها جريمة موجهة لا للاسرة فحسب بل للمجتمع بكامله . فزنا الزوجين في القوانين الأجنبية هو اخلال بالالتزام الزوجي ، بدليل انه لو صفح أحد الزوجين عن جريمة الآخر لما كانت هناك جريمة ، بل إذا وافق الزوج أو الزوجة فلا مؤاخذة ولا طلاق . هذه النزعة التي لا تزال في قوانين البــلاد الاوروبية كما سنرى حين بحثها يبدو لي أنها نزعة رومانية قديمة حيث كان الرجل يوقع عقوبة الموت على زوجته إذا زنت وخانته وكان العقاب خاصاً به باعتباره هو المسؤول عن ذلك ثم انتقل حق العقوبة إلى مجلس عائلي يضم أفراد الاسرتين .

أما في الشريعة الإسلامية ، فسواء رضي الزوج أم سكت فالعقوبة نافذة لأن الجريمة لم ترتكب ضد الزوج وحده وإنما انتهك فيها القانون فوجب العقاب .

وسنبحث في هذا الموضوع اللعان في الشريعة الإسلامية وهو ما إذا اتهم الزوج زوجته بالزنا ، وعجز عن اثبات ذلك ، وسنقارن هـــذا البحث مع ما جاء في الشرائع اليهودية والمسيحية ، ثم نذكر القوانين الاجنبية التي أخذت بالتفريق بين الزوجين لسبب الزنا .

ثم نبين بمقارنة موجزة بين نظام اللعان في الإسلام وبين التفريق للزنا بـــين الشرائع والقوانين .

* * *

المبحث الاول

اللعان في الشريعة الاسلامية

تمهيد :

الزنا جريمة تهد كيان المجتمع فتصيبه بالتفكك والانحلال لما ينتج عنه من ضياع الانساب وانتشار الامراض وسوء الاخلاق .

وإذا كانت النظرة إلى الزنا في المجتمع الذي يحترم كرامة الإنسان نظرة ازدراء ، واحتقار ، فان هذه النظرة لتكون أشد وقعاً إذا كانت الجريمة من فرد ارتبط مع آخر برباط المحبة والمودة .

وقد جاءت الشرائع والقوانين تحارب هذه الجريمة بعقوبتين عقوبة على من ارتكب جريمة الزنا أياً كان وعقوبة أخرى على الرجل المتزوج لأنه خان العهد ، عهد الوفاء بينه وبين شريكه في الحياة فإذا ارتكب الزوج هذه الجريمة كان لا بد من عقوبتين عقوبة للدولة باعتبارها تمثل المجتمع الذي انتهكت فيه حرمته وعقوبة للاسرة رعاية وحفظاً لها وهي التفريق بين الزوجين .

فإذا ارتكبت الزوجة جريمة الزنا وعجز الزوج عن اثبات هذه الجريمة وشكا أمرها إلى القاضي ووقع التفريق بينهما بعد اجراءات وأيمان كان هذا هو اللعان في الشريعة الإسلامية[1] .

---

(١) اذا اتهمت الزوجة زوجها بالزنا فان أثبتت ذلك حد الزوج حد الزنا ، وان عجزت فلا لعان بينهما ، لأن اللعان خاص باتهام الزوج زوجته وحينئذ يقام على الزوجة حد القذف . وفي رأينا ان هذا يعد سبباً لطلب التفريق للضرر والشقاق لأن الزوجة التي تتهم زوجها بالزنا يتعذر ان لم نقل يستحيل استمرار الحياة الزوجية بينهما .

فاللعان إنما شرع ليكون العقوبة على الزوجة الزانية التي يعجز الزوج عن اثبات جريمتها نظراً لما أحاطه الشارع لهذه الجريمة من وسائل الاثبات يصعب تحقيقها .

فالرجل إذا رأى زوجته تزني أو شك في سلوكها أو في حمل حملته ظهر له انه من غيره . في هذه الحالات كلها ماذا يفعل ؟..

إذا اتهمها بالزنا وصعب عليه الاثبات – وغالباً ما يكون كذلك – وجب عليه حد القذف . وان سكت على زناها لا يجوز لأن الله تعالى يقول : « الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين » .

قد يقال ان الرجل يملك الطلاق فأي حاجة إلى اللعان وتفريق القاضي ؟.. والجواب على ذلك :

قد يكون هناك ولد يريد نفيه أو قد تكون هناك التزامات مالية تترتب على الطلاق إذا كان بارادته المنفردة .

لهذا شرع الله اللعان بين الزوجين .

* * *

الفرع الاول

تعريف اللعان ومصدر تشريعه

تعريفه :

لغة : اللعان لغة مصدر لاعن كقاتل من اللعن وهو الطرد والابعاد .

واصطلاحاً : عرفه صاحب تنوير الابصار بقوله[1] : شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها .

وجاء في شرح الخرشي[2] : قال ابن عرفة : اللعان : حلف الزوج على زنا زوجته أو نفى حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه .

وفي الروضة البهية[3] : وهو المباهلة بين الزوجين في ازالة حد أو نفي ولد بلفظ مخصوص عند الحاكم .

وفي مغني المحتاج[4] : اللعان : كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف ، من لطخ فراشه والحق العار به ، أو إلى نفي ولد .

وعرفه الحنابلة في التنقيح المشبع[5] :

---

(١) تنوير الابصار ٤٠٨/١ ، ابن عابدين ٦٠١/٢ . المبسوط ٢١/٦ ، والبدائع ١٧٥/٣ .
(٢) شرح الخرشي ٢٦٣/٣ .
(٣) الروضة البهية ١٨١/٢ .
(٤) مغني المحتاج ٣٦٧/٣ .
(٥) التنقيح المشبع ٢٤٩ .

شهادات مؤكدات بايمان من الجانبين مقرونة باللعن والغضب قائمة مقام حد قذف في جانبه ، وحد زنا في جانبها .

ومن التعاريف السابقة نستطيع أن نضع التعريف التالي :

اللعان :

أربع شهادات من الزوجين أمام الحاكم مؤكدات بالايمان مقرونة : شهادة الزوج باللعن ، وشهادة الزوجة بالغضب ، قائمة مقام حد القذف في حقه ، ومقام حد الزنا في حقها .

* * *

مصدر تشريعه : القرآن والسنة

القرآن :

جاء في سورة النور : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً واولئك هم الفاسقون . إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم .

والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين . ويدرأ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين ، والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين[1] » .

هذه الآيات الكريمات بينت لنا عقوبة من يقذف المحصنات عامة ، ثم عقوبة من يقذف من الأزواج زوجته. وهذه العقوبة التي جاء بها القرآن الكريم جلد ثمانين جلدة إلا إذا أتى بأربعة شهود[2] وبالنسبة للزوج فقد نزلت آية اللعان ببيان ما يدرأ عن الزوج ذلك وهي أربع شهادات .

السنة :

عن أنَس : ان هلال بن امية قذف شريك بن السمحاء بامرأته فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : ائت بأربعة شهداء ، والا فحد في ظهرك قال ذلك مراراً ، ولم تكن آية اللعان قد نزلت .

فقال هلال : والله يا رسول الله ان الله ليعلم اني لصادق ، ولينزلن الله عليك مـــا يبرئ ظهري من الجلد ، فبينما هم كذلك اذ نزلت آية اللعان : والذين يرمون أزواجهم . فدعا هلالاً فشهد أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ، ثم دعيت المرأة فشهدت اربع شهادات بالله انها من الصادقين ، والخامسة

---

(١) سورة النورالآيات ٤ — ٩ .

(٢) قال الفقهاء ان القاذف اذا لم يأت بأربعة شهداء فعليه ثلاث عقوبات ١) جلد ثمانين جلدة ٢) بطلان شهادته ٣) الحكم بتفسيقه الى أن يتوب .

ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين ثم فرق بينهما[1] .

وجاء في صحيح البخاري[2] :

عن سهل بن سعد الساعدي : ان عويمر العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الانصاري ، فقال له يا عاصم أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل ؟.. سل لي يا عاصم عن ذلك . فسأل عاصم رسول الله عن ذلك فكره رسول الله المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله ، فلما رجع عاصم إلى أهله جاء عويمر فقال : يا عاصم ماذا قال لك رسول الله فقال عاصم لعويمر لم تأتني بخير قد كره رسول الله المسألة التي سألته عنها ، فقال عويمر والله لا أنتهي حتى أسأله عنها ، فأقبل عويمر حتى جاء رسول الله وسط الناس فقال يا رسول الله أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل ؟.. فقال رسول الله قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك فاذهب فأت بها . قال سهل : فتلاعنا وانا مع الناس عند رسول الله[3] .

وقد اختلف المفسرون والفقهاء فيمن نزلت به آيات اللعان ، هل هو هلال بن أمية أم عويمر العجلاني ، وقد جمع بعضهم بينهما فقال ابن حجر بأن أول من وقع له ذلك هلال وصادف مجيء عويمر أيضاً فنزلت في شأنهما معاً في وقت واحد[4] .

وبهذا نستطيع القول بأن حد القذف كما جاء في الآية الكريمة : والذين يرمون المحصنات. كان عاماً في كل قاذف.وعندما عرضت هذه الحادثة على رسول الله ووقع السائل في حرج من ذلك حيث سيطبق عليه الحد ، نزلت الآية فكانت تشريعاً جاء فيه : من يقذف زوجته فحكمه اللعان إذا لم يأت بالشهود ، ومن يقذف الأجنبية فحكمه كما كان إذا لم يأت بالشهود اقيم عليه الحد .

يقول الجصاص[5] : اقيم اللعان في الزوجات مقام الحد في الاجنبيات .

---

(١) نيل الأوطار ٦/٢٦٨ .
(٢) فتح الباري – ط الخشاب ٩/٣٧٠ .
(٣) الرسالة للشافعي ص ١٤٨ الام ٥/١١١ .
(٤) فتح الباري ٨/٣٧١ .
(٥) احكام القرآن ٣/٣٣٢ .

الفرع الثاني

صيغة اللعان وكيفيته

لا خلاف يذكر بين الفقهاء حول صيغة اللعان لأنها وردت في القرآن الكريم وقضى بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم بين ملأ من صحبه .

قال الاحناف والحنابلة والإمامية :

اللعان : ان يشهد الزوج اربع شهادات بالله انه من الصادقين فيما رماها به من الزنا أو نفى هذا الولد والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا أو نفى هذا الولد .

وتشهد الزوجة اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين فيما رماها به من الزنا أو نفى الولد والخامسة ان غضب الله عليها[1] ان كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا أو نفي الولد[2] .

وهذا ما جاء في ظاهر الرواية عند الاحناف[3] .

---

(١) وانما خصت المرأة بلفظ الغضب لعظم الذنب لان الرجل اذا كان كاذباً لم يصل ذنبه الى اكثر من القذف وان كانت هي كاذبة فذنبها اعظم لما فيه من تلويث الفراش والتعرض لالحاق من ليس من الزوج به . ابن حجر في فتح الباري ٣٦٥٩ .

(٢) مجمع الانهر ١/٤٦٤ ، الانصاف ٩/٢٣٥ الروضة البهية ٢/١٨٢ المختصر النافع ٢٣٥ . المبسوط ٧/٤٣ ، الزيلعي ٣/١٧ .

(٣) يرجع الفضل في تدوين ابي حنيفة الى الامام محمد بن الحسن الشيباني فقد نقل عن ابي حنيفة رأي المذهب في كتب عديدة تقسم الى قسمين : =

وجاء في النوادر عن الحسن عن أبي حنيفة انه لا بد ان يقول انه لمن الصادقين فيما رميتك به من الزنا وهي تقول : أنت من الكاذبين فيما رميتني به من الزنا لأنه إذا ذكر بلفظ الغائبة (رميتها) ، يمكن فيه شبهة واحتمال .

وقال الزيدية والليث بن سعد[1] : اللعان : ان يشهد الزوج أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين وتشهد المرأة أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة ان غضب الله عليها ان كان هو من الكاذبين .

وقال مالك[2] : اللعان ان يحلف الزوج أربع شهادات بالله يقول في كل شهادة منها : اشهد بالله اني رأيتها تزني أو ان هذا الحمل ليس مني ثم تشهد الزوجة أربع شهادات بنقيض ما شهد هو به . ثم الخامسة تقول : ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين .

وما ذهب اليه مالك يخالف ظاهر الكتاب والسنة ففي القرآن والاحاديث السالفة لا يوجد ما يشير إلى أنه يشترط أن يقول انه رآها تزني .

أما الشافعية[3] : فيشترطون ذكر اسم الزوجة في اللعان .

قال الشافعي : اللعان ان يشهد بالله أربع انه لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي فلانة بنت فلان ويشير اليها ان كانت حاضرة . ثم يعظه الإمام ويذكره بالله ويقول ، اني اخاف

= الاولى : ما نقلها الثقات عن محمد بن الحسن وتسمى كتب ظاهر الرواية وهي ستة : المبسوط ، الجامع الكبير ، الجامع الصغير ، كتاب السير الصغير ، كتاب السير الكبير والزيادات .
وقد جمعت هذه الكتب الستة في كتاب الكافي للحاكم الشهيد ، ثم شرح الكافي في كتاب اسمه المبسوط بثلاثين جزءاً لشمس الدين السرخسي .
الثانية : ما لم ينقله الثقات عن محمد بن الحسن وتسمى كتب النوادر واهمها : كتاب الكيسانيات والرقيات ، والهارونيات ، والجرجانيات .

(1) الليث بن سعد بن عبد الرحمن ابو الحارث : امام اهل مصر في عصره حديثاً وفقهاً . اصله من خراسان ولد في عام ٩٤ هـ توفي في القاهرة عام ١٧٥ هـ . قال الشافعي الليث أفقه من مالك الا أن اصحابه لم يقوموا به .

(2) الروض النضير ١٩١/٤ بداية المجتهد ٧٢/٢ .

(3) نهاية المحتاج ١٨٩/٦ .

ان لم تكن صدقت أن تبوء بلعنة الله ، فان يريد أن يمضي أمره يضع يده على فيه ويقول :
ان قولك عليّ لعنة الله ان كنت من الكاذبين موجبة لعنة الله ان كنت من الكاذبين .
وكذلك لا ضرورة إلى ذكر اسم الزوجة لأن الاشارة إلى زوجته تغني عن ذكر اسمها واسم أبيها .

امام الحاكم :

واتفق الفقهاء على انه لا بد في اللعان ان يكون امام الحاكم وذلك لامرين :

١) قوله عليه السلام لعويمر العجلاني : ائت بزوجتك .

٢) وأنه يشترط أن يكون ذلك لينصح الحاكم الزوجين لعل احدهما يرجع عن رأيه قبل أن يتم اللعان بينهما[١] .

ولا بد ان يطلب أحد الزوجين اللعان وقال بذلك الظاهرية فقالوا يجب على القاضي أن يجمعهما ولو لم يطلب احدهما ذلك[٢] .

* * *

(١) قال ابن القيم في زاد المعاد ٩٨/٤ . امر النبي صلى الله عليه وسلم ان يأتي بامرأته فدل على أنه لا بد ان يكون بحضرة الحاكم وليس للرعية اقامة ذلك .

(٢) المحلى ١٤٣/١٠ وجاء مثل ذلك في التاج المذهب ٢٦٠/٢ .

الفرع الثالث

شروط وجوب اللعان

اتفق الفقهاء على ان لا لعان إلا بين زوجين لما بينا ان حكم اللعان شرع للزوجين بدل حكم القذف للأجنبيات .

الاسلام والعدالة :

ولكن الفقهاء اختلفوا في شروط الزوجين هل يشترط فيهما الإسلام والعدالة أم لا ؟

قال الاحناف ورواية عن احمد وقول عند الجعفرية وهو قول الثوري والاوزاعي : انه يشترط ان يكون بين زوجين مسلمين (١) .

قال الجعفرية في الروضة البهية (٢) : ويشترط ان يكون الملاعن كاملا بالبلوغ والعقل ، ولا تشترط العدالة ولا الحرية ولا الاسلام بل يلاعن ولو كان كافراً وقيل : لا يلاعن الكافر بناء على انه شهادات وهو ليس من اهلها .

وقال الحنابلة في الانصاف (٣) : يشترط ان يكون بين زوجين عاقلين بالغين سواء كانا مسلمين او ذميين او فاسقين أو كان احدهما كذلك في احدى الروايتين و هو المذهب وعليه جماهير الاصحاب .

والرواية الاخرى : لا يصح الا بين زوجين مكلفين مسلمين اختاره الخرقي وقاله القاضي والشريف وابو الخطاب ورجحه .

---

(١) حاشية ابن عابدين ٢/٦٠١ المبسوط ٧/٤٠ والبدائع ٣/٢٤٠ .
(٢) الروضة البهية ٢/١٨٢ .
(٣) الانصاف ٩/٢٤٢ .

وقال الظاهرية في المحلى [1] : اللعان بين زوجين مسلمين ام كتابيين سواء كان محدوداً في قذف اوزناً اولا .

وقال المالكية في بداية المجتهد [2] : ويجوز بين زوجين مسلمين او مسلم وذميه .

اولاً – قال في الروض النضير [3] : فيصح من كل زوج يصح طلاقه او يمينه سواء كانا كافرين ام مسلمين او أحدهما مسلماً والآخر كافراً .

وذهب الهادويه : لا يجوز الا من مسلمين .

منشأ الخلاف :

ان منشأ الخلاف بين من اشترط الاسلام والعدالة وبين من لم يشترط هو الخلاف حول ماهية اللعان هل هو يمين أم شهادة . فالذين اعتبروه شهادة اشترطوا فيه ما يشترط في الشهادة من شروط كالاحناف ولهذا قالوا فيمن يلاعن يشترط ان يكون من اهل الشهادة وان يكون ممن يجب عليه حد القذف . اما الذين لم يشترطوا الاسلام ولا العدالة فقالوا انه يمين .

وقال بعضهم ان اللعان يجمع بين الوصفين أي اليمين والشهادة والى هذا ذهب ابن القيم في زاد المعاد [4] .

---

(١) المحلى ١٠/١٤٣ .

(٢) بداية المجتهد ٢/٧١ .

(٣) الروض النضير ٤/١٩٨ .

(٤) زاد المعاد ٤/٩٣ قال ابن القيم : والصحيح ان اللعان يجمع الوصفين اليمين والشهادة .

ادلة من قال ان اللعان شهادة

قوله تعالى : « والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله ...

من هذه الآية نستدل :

١ — انه سبحانه وتعالى استثنى « انفسهم » من الشهداء ، وهذا استثناء متصل قطعاً ولهذا جاء مرفوعاً ، فدل على ان اللعان شهادة من كل من الزوجين فيشترط فيه اذن ما يشترط في الشهادة .

٢ — وقد صرح بأن اللعان شهادة ثم زاد سبحانه هذا بياناً فقال : ويدرأ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين .

٣ — وانه جعله بدلا من الشهود وقائماً مقامهم عند عدمهم .

. . .

ادلة من قال ان اللعان يمين

القرآن :

قالوا يصح اللعان من كل من يصح يمينه لعموم قوله تعالى : والذين يرمون ازواجهم [١] ....

السنة :

وان النبي صلى الله عليه وسلم سماه ايماناً بقوله لمن لاعنها زوجها ، لولا الايمان لكان لي ولها شأن [٢] :

---

(١) زاد المعاد ٩٢/٤ .

(٢) اما الاحناف فيردون هذا الحديث برواية من : لولا ما نص من كتاب الله . وهذا لفظ البخاري .

القياس :

وقالوا انه يسوي فيه الذكر والانثى بخلاف الشهادة .

الشهادة تطلق على اليمين :

فلو قال أشهد بالله انعقدت يمينه بذلك سواء نوى اليمين أو اطلق [١] .

وردوا على دليل الاحناف

١ ــ ان كلمة « إلا » ههنا صفة بمعنى غير والمعنى : ولم يكن لهم شهداء غير أنفسهم فان كلمة غير وإلا يستعملان في الوصف والاستثناء فيستثنى بغير حملا على الا ، ويوصف بإلا حملا على غير .

٢ ــ ان كلمة « أنفسهم » يجوز ان تكون استثناء منقطعاً على لغة بني تميم فانهم يبدلون في الانقطاع كما يبدل اهل الحجاز وهم في الاتصال .

٣ ــ انه استثنى انفسهم من الشهداء لانه اعتبر وجودهم مكان الشهداء وهذا يؤيد الجمهور في انه اذا امتنعت عن اللعان اقيم عليها حد الرجم .

اهلية الزوجة

هل يصح اللعان للزوجة الصغيرة او المجنونة :

قال الحنفية [٢] : اذا كانت كافرة أو صغيرة او مجنونة فلا حد لعدم الاحصان ولا لعان لذلك .

وجاء في المبسوط [٣] : واذ قذفها وهي صغيرة او هو صغير فلا حد ولا لعان .

أما الصبي فقوله هذر والصغيرة ليست بمحصنة وكذلك اذا كان احدهما مجنوناً او معتوهاً.

وقال الظاهرية [٤] : ان كانت صغيرة أو مجنونة حد حد القذف ولا بد ، ولا

---

(١) العرب تعد ذلك يميناً في لغتها قال قيس :

واشهد عند الله اني احبها   فهذا لها عندي فما عندها لي

(٢) ابن عابدين ٢/٦٠١ .

(٣) المبسوط ٧/٤٢ .

(٤) المحلى ١٠/١٤٣ .

لعان في ذلك . لان الصغيرة والمجنونة لا يكون منهما الزنا اصلا والحد بنص القرآن واجب على كل من رما بالزنا .

وقال الحنابلة [1] : اذا قذف زوجته الصغيرة أو المجنونة عزر ولا لعان بينهما . هذا المذهب .

واشترط الجعفرية [2] : أن تكون فوق الثامنة من عمرها كما اشترط الزيدية [3] : أن تكون مكلفة والا فلا لعان .

وقال الشافعية [4] : اذا قذف زوجته الصغيرة وهي ممن لا يوطأ عزره القاضي تعزيزا ولا يحد .

وقال المالكية [5] : اذا كانت صغيرة في سن لا توطأ فيه فلا حد ولا لعان .

وان كانت صغيرة في سن توطأ فيه فانه يلتعن وحده .

---

(١) الانصاف ٩/٢٤٤ .
(٢) الروضة البهية ٢/٢٦٠ .
(٣) التاج المذهب ٢/٢٦٠ .
(٤) مغني المحتاج ٣/٣٨٢ .
(٥) شرح الخرشي ٣/٢٧٢ .

اللعان قبل الدخول

قال الحنابلة اذا قال لامرأته : زنيت قبل ان انكحك حد ايضاً على الصحيح من المذهب ولم يلاعن [١] .

وعن احمد : انه يلاعن ايضاً .

وقال المالكية : يجوز ان يقول لها رأيتك تزنين قبل ان اتزوجك ، فيجب اللعان [٢] .

وقال الزيدية : لو اضاف الزنا الى زوجته قبل العقد فيجب اللعان [٣] .

وقال الاحناف : ويشمل زوجته قبل الدخول [٤] .

وعند الجعفرية يشترط الدخول لانه على ما جاء في تعريفه في الروضة البهية . رمى الزوجة المحصنة المدخول بها بالزنا [٥] .

* * *

---

(١) الانصاف ٩/٢٤٤ .
(٢) الخرشي ٣/٢٦٤ .
(٣) التاج المذهب ٢/٢٦٠ .
(٤) ابن عابدين ٢/٦٠١ .
(٥) الروضة البهية ٢/١٨٢ .

الفرع الرابع

اذا ابى احد الزوجين اللعان

اختلف الفقهاء في حكم نكول أحد الزوجين عن اللعان هل يقام على الناكل منهما الحد او يحبس حتى يلاعن ؟ ...

قال مالك والشافعية والظاهرية والليث بن سعد واحد قولين عند الجعفرية[1]، ورواية احمد : أي الزوجين رفض اللعان اقيم عليه الحد فاذا كان الناكل الزوج اقيم عليه حد القذف ، وان كانت الزوجة اقيم عليها حد الرجم .

وقال الاحناف[2] وأحمد في رواية : أنه إذا نكل احد الزوجين عن اللعان يحبس حتى يلاعن .

وقد ايد هذا المذهب من الشافعية ابو المعالي في كتابه البرهان ، ومن المالكية ابن رشد في كتابه بداية المجتهد[3] .

قال الاباضية : ومن لاعن ثم رجع حُد حد القذف ان كان زوجاً ، وحد الزنا وهو الرجم هنا ان كان زوجة بأن اقرت بالزنا بعد ان لعنت الزوج .

ادلة الجمهور :

١) اذا نكل الزوج عن اللعان فيجب اقامة حد القذف لان آية القذف صريحة :

---

(١) الروضة البهية ٢/١٨٤ والمحلى ١٠/١٤٣ ، زاد المعاد ٤/٩٤ .

(٢) قال السرخسي في مبسوطه ١/٤٤ : واذا أنكر الزوج القذف فأقامت المرأة به البينة عليه وجب اللعان بينهما وعلى قول ابن أبي ليلى يلاعن ويحد اما اللعان فلأن الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم . وقال ابن أبي ليلى ان انكاره بمنزلة اكذابه بنفسه فيقام عليه الحد ولكن انكاره نفى القذف واكذابه نفسه تقريراً لقذف فكيف يستقيم اقامة انكاره مقامه اكذابه نفسه فلهذا لا يحد .

(٣) بداية المجتهد ٢/٧٢ .

والذين يرمون المحصنات ... فهذه عامة بالنسبة لجميع الازواج وغيرهم فمن قذف محصنة حُد حد القذف .

ثم جاءت الآية التالية : والذين يرمون ازواجهم .. فجعلت اللعان بالنسبة للزوج مقام الشهود يسقط عنه الحد . فاذا لم يقم به طبق عليه حكم الآية الاولى وهو حد القذف كما لو قذف اجنبية .

٢) واما بالنسبة للزوجة : فاذا نكلت وجب عليها حد الرجم والدليل على ذلك ، قوله عليه السلام للمرأة بعد أن لاعنها زوجها : ان عذاب الدنيا اهون من عذاب الآخرة . ففي هذا دلالة واضحة على ان النبي عليه السلام يشير الى ان عذاب الدنيا وهو اقامة الحد في حال عدم لعانها اذا كانت كاذبة لأهون من عذاب الآخرة فكأنه يقول لها اذا لم تلاعني اقيم عليك الحد وهذا أهون من عذاب الآخرة .

٣) ان الله جعل لعان الزوج دارئاً لحد القذف عنه كما جعل لعان الزوجة دارئاً حد الزنا عنها . فكما ان الزوج اذا لم يلاعن يحد حد القذف فكذلك الزوجة اذا لم تلاعن يجب عليها الحد . وهذا الدليل في رأينا ليس حجة على الآخرين لان الاصل الذي قاس عليه الدليل وهو اقامة الحد على الزوج ليس مسلماً به عند الآخرين حتى يصح القياس عليه .

ادلة الاحناف :

١ — اذا نكل الزوج عن اللعان فلا يقام عليه الحد ، بل يحبس حتى يلاعن ، لان آية اللعان لم تتضمن ايجاب الحد على الزوج حال نكوله عن اللعان ، واما الآية السابقة فهي لغير الزوجين فكيف يمكن اقامة حد دون نص ، والزيادة على النص والنسخ لا يجوز بالقياس .

٢ — وأما بالنسبة للزوجة فاذا نكلت حبست حتى تلاعن ولا يمكن اقامة حد الرجم عليها لان الحدود لا تقام الا ببينة او اقرار وقد قال عليه السلام « لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث : زنا بعد احصان ، وكفر بعد ايمان وقتل نفس بغير حق » فهذا يدل على نفي القتل — وهو الرجم — في غير تلك الحالات .

الرد على الجمهور : رد الاحناف على ادلة الجمهور :

١) أما عن دليل الجمهور الاول فقالوا : ان آية اللعان صريحة في عدم وجوب اقامة الحد على من نكل من الزوجين عن اللعان .

٢) وأما بالنسبة لقوله صلى الله عليه وسلم للملاعنة : ان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة فيفهم منه أيضاً الحبس لانه عذاب أيضاً .

٣) ثم لو كان لعان الرجل في ذاته بينة توجب الحد على المرأة لم تملك اسقاطه باللعان وتكذيب البينة كما لو شهد عليها اربعة بالزنا . بل لو شهد الزوج على زوجته مع ثلاثة آخرين فلا تحد بهذه الشهادة عند الشافعي فكيف نقيم عليها الحد بشهادته وحده .

٤) وان الاثر المترتب على لعان الزوج هو اسقاط الحد على نفسه لا ايجاب الحد على زوجته .

٥) واذا شهد الزوج وثلاثة نفر على المرأة بالزنا جازت شهادتهم وامضى عليها الحد عندنا .

وقال الشافعي : لا تقبل شهادة الزوج على زوجته بالزنا لانه خصم في ذلك فانه يصير قاذفاً لها مستوجباً للعان ولا شهادة للخصم [١] . فكيف اذن يجيز الشافعي اقامة الحد بشهادته وحده ؟ ..

ونحن نرى : ان رأي الجمهور في حال نكول الزوج هو أقوى من رأي الاحناف لان الحد هو اثر من آثار القذف لا يزيله الا اللعان فاذا لم يلتعن الزوج فيجب اقامة الحد عليه .

واما في حال نكول الزوجة فان رأي الاحناف يبدو لي أنه الراجح لان اقامة الحد وخاصة الرجم بدون بينة ولا اقرار لا يجوز ، والا فأين الشهود الاربعة ؟ ... وما ذكره بعض الشافعية من ان شهادات الزوج الاربعة تقوم مقام الشهود فهو غير مقنع .

. . .

---

(١) المبسوط ٥٤/٧

يقول استاذنا الجليل فضلية الشيخ محمد أبو زهره في كتابه الاحوال الشخصية في بحث اللعان [١] : « فان امتنعت حبست حتى تحلف او تصدقه ، وان صدقته اقيم عليها حد الزنا » .

غير اني لم أجد في كتب الاحناف — فيما اطلعت عليه — من ذكر ذلك الا ما جاء في متن القدوري [٢] : « فان لاعن وجب عليها اللعان ، فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه فتحد » .

ولكن شراح المتن المذكور ومن جاء بعده من الفقهاء قالوا بخلاف ذلك وردوا قوله لانه مخالف لما جاء في المذهب .

جاء في الجوهرة [٣] : وهو شرح على متن القدوري « هذا غلط من النساخ لان تصديقها اياه لا يكون ابلغ من إقرارها بالزنا وثم لا تحد بمرة واحدة فهنا اولى وان صدقته عند الحاكم اربع مرات لا تحد ايضاً لانها لم تصرح بالزنا والحد لا يجب الا بالتصريح » .

وجاء في فتح القدير [٤] : وفي بعض نسخ القدوري : او تصدقه فتحد ، وهو غلط لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة وهو لا يجب بالتصديق اربع مرات لان التصديق ليس باقرار قصداً بالذات فلا يعتبر في وجوب الحد بل في درئه فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد .

وفي ملتقى الابحر : فان ابت حبست حتى تلاعن او تصدقه .

---

(١) الاحوال الشخصية ص ٣٤٤ . اتصلت اثناء كتابة هذا الموضوع باستاذي الجليل فتفضل مشكوراً ببيان وجهة رأيه بما اقنعني حيث يرجح ما ذهب اليه الجمهور ولكني هنا انقل رأي المذهب الحنفي .

(٢) القدوري ٧١/٢ وقد جاء في النسخة المطبوعة : فإن امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه فتحل والصواب فتحد فلتصحح .

(٣) الجوهرة ٧١/٢ .

(٤) فتح القدير ٢٧١/٣ وجاء فيه ٢٥٠/٣ اذا امتنع عن اللعان حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه فيحد .

وقال في مجمع الانهر تعليقاً على ذلك [1] : ولم يقل فتحد كما في بعض نسخ القدوري لكونه غلطاً لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق .

وفي متن الكنز : فان ابت حبست حتى تلاعن او تصدقه .

وقال الزيلعي في شرحه على المتن المذكور [2] : وفي بعض نسخ القدوري او تصدقه فتحد وهو غلط ، لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة ، وهو لا يجب بالتصديق اربع مرات ، لان التصديق ليس باقرار قصدا فلا يعتبر في حق وجوب الحد ويعتبر في درئه فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد .

وجاء في المبسوط [3] واذا صدقت المرأة زوجها عند الامام فقالت صدق ولم تقل زنيت فاعادت ذلك أربع مرات في مجالس متفرقة لم يلزمها حد الزنا لان قولها صدق ، كلام محتمل ، وما لم تفصح بالاقرار بالزنا لا يلزمها الحد ، ولكن يبطل اللعان ولا يحد من قذفها لان الظاهر انها صدقته في نسبتها الى الزنا والظاهر يكفي لاسقاط احصانها .

ونقل ابن عابدين عن الكافي [4] : واذا صدقت المرأة زوجها عند الامام فقالت صدق ولم تقل زنيت واعادت ذلك اربع مرات في مجالس متفرقة لم يلزمها حد الزنا ويبطل اللعان .

وقد يبدو أن الخلاف لفظي وخاصة ما ورد في المبسوط والكافي فقد جاء فيهما انه لو قالت صدق ولم تقل زنيت فلا يلزمها الحد .

غير اني وجدت ان الاحناف يقولون بأن موجب القذف كان هو الحد ثم انتسخ بعد ذلك باللعان في حق الزوجة [5] .

---

(١) مجمع الأنهر شرح ملتقى الابحر ٤٦٥/١ .
(٢) تبين الحقائق ١٦/٣ .
(٣) المبسوط ٥٧/٧ .
(٤) ابن عابدين ٦٠٣/٢ .
(٥) المبسوط ٣٩/٧ .

قال الزيلعي وهو يناقش الشافعي[1] : إن قذف الرجل امرأته لا يوجب الحد عند اجتماع شرائط اللعان .

ثم قال : وما ذكره الشافعي منسوخ في حق الزوجين بآية اللعان ولو كان موجباً لما سقط بشهادته او يمينه لان الحقوق لا تسقط به .

وجاء في البدائع [2] : وأما آية القذف فقد قيل ان موجب القذف في الابتداء كان هو الحق في الاجنبيات والزوجات جميعاً ثم نسخ في الزوجات وجعل موجب قذفهن اللعان بآية اللعان .

وقال : على ان موجب قذف الزوجة كان الحد قبل نزول آية اللعان ثم نسخ في الزوجات بآية اللعان فينسخ الخاص المتأخر العام المتقدم بقدره . هكذا هو مذهب عامة مشايخنا [3] .

---

(١) تبين الحقائق ٣/١٦ .

(٢) البدائع ٣/٢٣٨ .

(٣) اصول الفقه للدكتور الدواليبي ص ١٢٠ .

الفرع الخامس

آثــار اللعان

متى تم اللعان بين الزوجين ترتب عليه اثره فما هو هذا الأثر ؟ ..

آثار اللعان :

١) الفرقة بين الزوجين .

٢) التحريم المؤبد او المؤقت .

٣) نفي الولد .

١ ـ الفرقة بين الزوجين

سنبحث هذا الموضوع في نقطتين :

١) هل تقع الفرقة بمجرد باللعان .

٢) وهل الفرقة فسخ أم طلاق .

اختلف الفقهاء في الفرقة التي تتم باللعان هل تحتاج فيه الى قضاء القاضي ام انها تتم بمجرد التلاعن بين الزوجين ام تقع بمجرد انتهاء لعان الزوج على اقوال :

١ ـ ذهب الاحناف [١] والجعفرية [٢] ورواية عن احمد اختارها الخرقي [٣] والزيدية [٤] :

ان الفرقة بين الزوجين تقع بحكم الحاكم بعد الانتهاء من اللعان [٥] .

٢ ـ وقال مالك[٦] وزفر [٧] والليث والظاهرية [٨] والحنابلة [٩] : ان الفرقة بين الزوجين تقع بينهما بانتهاء اللعان بينهما ولا حاجة لتفريق الحاكم .

٣ ـ وقال الشافعي[١٠] : وقد انفرد بهذا الرأي : اذا انتهى الزوج من لعانه وقعت الفرقة وحرمت عليه زوجته ولو لم تلتعن . وهناك قولان انفرد بهما اصحابهما :

٤ ـ رأي عثمان البتي وقال به ايضاً جابر بن زيد البصري احد اصحاب ابن عباس من الفقهاء التابعين وطائفة من فقهاء البصرة ! ان الملاعنة لا يترتب عليها وقوع الفرقة بل لا بد من طلاق الرجل .

وحجة اصحاب هذا الرأي : ان عويمر العجلاني طلق امرأته بعد اللعان ولم ينكر

---

(١) جاء في الجوهرة : وقبل ان يفرق الحاكم لا تقع الفرقة والزوجية قائمة ويقع طلاق الزوج عليها وظهاره وإيلاؤه ٧١/٥ . وراجع احكام القرآن للجصاص ٧١/٥ وفتح القدير ٢٥٣/٣ .

(٢) الروضة البهية ، ١٨٢/٢

(٣) الانصاف ٢٥٠/٩ .

(٤) الروض النضير ١٩٤/٤ التاج المذهب ٢٦٧/٢ .

(٥) وقال في مجمع الانهر ٤٦٥/١ ويحرم وطؤها بعد اللعان قبل التفريق .

(٦) بداية المجتهد ٧٣/٢ .

(٧) وقال زفر : تقع الفرقة لقوله عليه الصلاة والسلام : المتلاعنان لا يجتمعان ابداً ١٨/٣ .

(٨) المحلى ١٤٤/١٠ .

(٩) الانصاف ٢٥٠/٩ تنقل اكثر الكتب على ان مذهب احمد هو كمذهب الاحناف من ان الفرقة بين الزوجين لا تقع بمجرد اللعان بل لا بد من تفريق الحاكم ولكني حققت في هذه المسألة فوجدت الامر على خلاف ذلك وان مذهب احمد هو كمذهب الشافعي من ان الفرقة تقع بمجرد اللعان . وهذا ما جزم به في الوجيز وغيره وقدمه في المحرر والنظم والرعايتين والحاوي الصغير والفروع وغيرهم واختاره ابو بكر وغيره . وقال في الانصاف : هذا المذهب . وعن احمد : رواية اخرى : هي ظاهر كلام الخرقي واختارها القاضي وابو الخطاب انه لا بد من تفريق الحاكم .

(١٠) مغني المحتاج ٣٧٤/٣ ، الوجيز للغزالي ٥٥/٢ .

عليه رسول الله هذا الفعل فكان دليلا على ان الفرقة بين المتلاعنين وقعت بالطلاق لا بشيء آخر .

٥ — وقول لابي عبيد نقله ابن حجر في فتح الباري وابن القيم في زاد المعاد [١] : ان الفرقة بين الزوجين تقع بنفس القذف ولو لم يقع اللعان .

سنتناول بالدراسة أهم هذه الآراء مبينين الادلة وحجج كل فريق وما استنبطه من القرآن والسنة :

حديث عويمر العجلاني :

١) اذا رجعنا الى نص الحديث المذكور نرى أنه بعد أن تم اللعان بين الزوجين قال عويمر : كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها فهي طالق ثلاثا . وكان هذا قبل أن يفرق النبي بينهما .

وجه الاستدلال : ان قول عويمر : كذبت عليها ان أمسكتها ، دليل على انها زوجته بعد اللعان والا فلا يصح أن يمسك اجنبية لو تمت الفرقة بتمام اللعان ، ثم ان هذا كان في حضرة النبي الكريم ولم ينكره فكان هذا إقرار من النبي على ما فعله عويمر وأنه حين طلق انما كانت زوجته .

فثبت بهذا أمران :

١) ان الفرقة لم تقع باللعان .

٢) اقرار النبي لعويمر بالطلاق دليل على ان الزوجة بعد اللعان محل للطلاق .

وفي رأينا ان هذا الدليل الذي ذكره الاحناف ليس نصاً في موضع النزاع بل يؤيد شطراً من النزاع وهو ان الفرقة لا تتم بمجرد اللعان ولكن ليس فيه أي اشارة الى أنه يقع بتفريق القاضي .

---

(١) زاد المعاد ١٠٢/٤

ولكن هناك روايات أخرى تنص صراحة على ان النبي عليه السلام فرق بينهما .

قال ابن شهاب : « مضت السنة بعد في المتلاعنين ان يفرق بينهما » .

وفي حديث ابن عمر ما يدل على ذلك اذ جاء فيه : ثم فرق بينهما .

فهذه الروايات تدل على ان التفريق كان بأمر الرسول عليه السلام خاصة وأنه لم يخبر الصحابة ومن حضر اللعان ان الفرقة بين الزوجين تتم بمجرد اللعان فدل على أنه لا فرقة بتمام اللعان ما لم يفرق الحاكم بينهما .

٢) وقالوا ان الفرقة بين الزوجين تقع بألفاظ الطلاق الصريحة او ألفاظ الكنايات التي تدل عليها ، وان لفظ اللعان ليس واحدا منها حتى تقع به الفرقة ، بدليل أنه لو كذب الزوج نفسه وأقيم عليه الحد لا يفرق بينه وبين زوجته .

رد على الشافعي :

وقال الشافعي ان الفرقة تتم بين الزوجين اذا ما أتم الزوج لعانه قبل أن تلاعن الزوجة. وحجته : ان لفظ اللعان كالطلاق فكما ان لفظ الطلاق لا يتوقف على غير كلام الزوج فكذلك اللعان .

٣) ان اللعان لا يكون الا بين زوجين فاذا تمت الفرقة بلعان الرجل كما ذهب اليه الشافعي وبانت الزوجة فأي لعان يتم من أجنبية ؟ .. فانه من المتفق عليه ان الزوج لو قذف زوجته ثم أبانها فانه لا يلاعن لأنه لم يعد زوجا حتى يلاعن زوجته ؟ ... فكيف اذن تلاعن زوجة أصبحت اجنبية عن زوجها حيث تمت الفرقة بينهما بمجرد لعانه وتمامه[1] .

ان الشرع ورد بالتفريق بين المتلاعنين ولا يكونان متلاعنين بلعان الزوج وحده .

---

(١) القذف بالزنا : حد القذف ثمانون جلدة لقوله تعالى : والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة .
ثم قاس الفقهاء على ذلك رمي المحصنين من الرجال فكل من اتهم محصناً او محصنة بالزنا وعجز عن إثبات ذلك اقيم عليه حد القذف .

وان النبي فرق بين المتلاعنين بعد لعانهما بوقوع الفرقة قبله مخالف عن قول السنة وفعل النبي[1] .

الرد على الاحناف :

١) حديث عويمر العجلاني : ليس فيه دلالة على ما ذهب اليه الاحناف اذ أن عويمرا طلق زوجته ثلاثا ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما ، والتفريق هنا لم يكن اللعان بل للطلاق الثلاث حيث بانت زوجته ففرق بينهما .

٢) وأما الفرقة بين الزوجين لا تقع الا بلفظ يدل على الطلاق صريحاً أو كتابة . فينقض هذا الدليل ان كثيراً من أنواع الفرقة تقع بغير ذلك والامثلة كثيرة كالفرقة بالردة وبالرضاع . فان الفرقة تقع بكل منهما مع أنه لا يوجد فيها لفظ الطلاق .

* * *

---

(١) زاد المعاد ١٠٣/٤ .

ادلة القائلين بأن الفرقة تقع باللعان ولا تحتاج الى الحاكم

١) استدلوا بحديث ابن عمر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم للمتلاعنين : حسابكما على الله ، احدكما كاذب لا سبيل لك عليها ، قال يا رسول الله مالي ... قال :

لا مال لك ان كنت أصدقت عليها ، فهو بما استحللت من فرجها ، وان كنت كذبت عليها فذلك أبعد لك منها ... متفق عليه .

وجه الاستدلال بهذا الحديث قوله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها بعد اتمام اللعان بينهما . فدل بذلك على ان الفرقة وقعت بمجرد لعانهما .

وما جاء من روايات أخرى من أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين فيجب أن تحمل على هذا وأنه عليه السلام فرق بينهما لان الفرقة وقعت باللعان فهو مخبر عن الحكم الذي تقرر باللعان نفسه .

٢ ــ ما ورد عن علي قال : مضت السنة في المتلاعنين أن لا يجتمعا أبداً ، رواه الدارقطني .

٣) عن علي وابن مسعود قال : مضت السنة أن لا يجتمع المتلاعنان . رواه الدارقطني .

هذان الخبران يفيدان صراحة بعدم جواز اجتماع المتلاعنين بعد تلاعنهما فاذا لم تقع الفرقة باللعان وانتظر حتى يفرق الحاكم بينهما كانت هناك فترة اجتمع فيها المتلاعنان وهذا لا يصح فلم يكن بد من أن تقول ان الفرقة تمت بلعانهما .

* * *

وقد ردوا على هذه الروايات بروايات اخرى :

١) عن سهل بن سعد في المتلاعنين : ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : لا يجتمعان ابداً ، رواه أبو داود .

٢) وعن ابن عباس : ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : المتلاعنان اذا تفرقا لا يجتمعان ابدا ، رواه الدارقطني .

يقول استاذنا الجليل فضيلة الشيخ حسن مأمون بالتوفيق بين هذه الروايات(١) .

هذه الاحاديث تفيد ان تفريق الرسول حصل قبل اخباره بأن المتلاعنين لا يجتمعان أبدا ، فأفاد ذلك ان عدم الاجتماع ناشىء عن تفريق الرسول وليس ناشئاً عن حصول الفرقة باللعان ، ويكون معنى قول علي وقول ابن مسعود ان المتلاعنين لا يجتمعان انهما لا يجتمعان ما داما على حال التلاعن بعد التفريق ، وبذلك يجمع بين النصوص كلها ولا يكون بعضها دالا على حكم ما يفيده غيرها ، وتكون هذه الروايات كلها متفقة مع الاحاديث التي تدل على بقاء النكاح بعد اللعان وقبل تفريق الحاكم(٢) .

هذا يتفق مع ما ورد في الكتاب والسنة من أن اللعان شهادات من الزوجين فأشبهت الشهادة بالحقوق أمام الحاكم التي لا يثبت حكمها الا عند الحاكم وبحكمه ، فلا تثبت الفرقة باللعان ، بل تثبت بحكم الحاكم بالتفريق بين المتلاعنين .

٣) وردوا على الدليل الثالث : بأن ردة الزوجة لا توجب الفرقة حالاً بل لا بد من انتظار العدة حتى اذا ما مضى ثلاث حيض بانت الزوجة ووقعت الفرقة فكذلك الفرقة باللعان فهما وان كانا لا يقران على بقاء النكاح الا ان الفرقة لا تقع الا بعد تفريق القاضي .

---

(١) فقه القرآن والسنة ص ١٦٣

(٢) جاء في المبسوط ولو فرغا من اللعان فلم يفرق بينهما حتى مات احدهما توارثا .
٤٨/٧ وراجع ايضاً الزيلعي ١٧/٣

ادلة القائلين بأن اللعان لا يوجب التفريق

هذا هو ما ذهب اليه عثمان البتي وهورأي ضعيف لم أر من تابعه فيه فيما أطلعت عليه الا ما ذكره ابن حجر بن زيد البصري انه تابع عثمان بذلك .

وأدلة هذا الرأي :

١ ـ ان اللعان ليس من الفاظ الطلاق لا الصريح منها ولا الكناية ولو كان كذلك لوقعت به الفرقة متى تم سواء أكان أمام الحاكم أم كان عند غيره ، لا فرق في الحالين بينما نجدهم يقولون أنه لا تقع الفرقة الا أمام القاضي .

ووجهة هذا الدليل قياس اللعان أمام الحاكم على اللعان عند غير الحاكم فيما ان الثاني لا يقع به فرقة فكذلك يجب الا تقع الفرقة بالاول .

٢ ـ وأما ما أورده الجمهور من أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين فالسبب في ذلك ليس اللعان وانما هو الطلاق الثلاث فالتفريق هنا للبينونة بالطلاق لا للفرقة باللعان .

ويرد على هذا الرأي ما جاء في روايات ذكرنا أهمها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين ومضت السنة في المتلاعنين ان يفرق بينهما ثم لا يجتمعان ابداً ، وفي حديث ابن عباس في هلال بن أمية ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما .

* * *

٢) هل الفرقة باللعان فسخ ام طلاق ؟ ..

ذكرنا رأي الفقهاء في الفرقة التي تتم باللعان وهل تتم بمجرد اللعان أم بقضاء القاضي . والآن سنشير الى نوع هذه الفرقة هل هي فسخ أم طلاق ! ...

ذهب مالك[١] والشافعية[٢] والظاهرية[٣] والزيدية[٤] والحنابلة[٥] الى أن الفرقة باللعان فسخ للنكاح وليست بطلاق .

وقال بهذا الرأي أيضاً من الاحناف : ابو يوسف والحسن بن زياد .

وحجتهم ان هذه الفرقة تقتضي تحريما مؤبدا فكانت فسخاً كفرقة الرضاع .

أما أبو حنيفة فقد ذهب الى أنها طلاق بائن قياساً على فرقة العنين لدى الحاكم وانها فرقة من جانب الرجل فهي طلاق[٦] .

وقد ذكر صاحب الروض النضير وهو من أئمة الزيدية بحجة المذهب باعتبار الفرقة فسخاً عدة أسباب :

١) ان اللعان ليس صريحاً في الطلاق ولا نوى الزوج به الطلاق حتى يقع .

٢) ثم لو كان طلاقا لوقع بمجرد لعان الزوج ولم يتوقف على لعان المرأة .

٣) لو كان طلاقا فهو طلاق من مدخول بها بغير عوض لم ينوبه الثلاث فيكون رجعيا .

---

(١) بداية المجتهد ٧٣/٢ الخرشي ٢٧٥/٣
(٢) المهذب ١٣٤/٢
(٣) المحلى ١٤٣/١٠
(٤) التاج المذهب ٢٦٣/٢
(٥) زاد المعاد ١٠٣/٣
(٦) فتح القدير ٢٥٥/٣

٤) ان الطلاق بيد الزوج ان شاء طلق وان شاء أمسك وهنا الفسخ حاصل بحكم الشرع .

٥) واستدلوا أيضاً بما رواه ابن عباس في المتلاعنين : انهما يفترقان بغير طلاق[١] .

٢ ـ التحريم المؤبد او المؤقت

اذا تمت الفرقة باللعان سواء بحكم الحاكم أم بتمام اللعان فهل التحريم بين الزوجين يصبح تحريماً مؤبداً بحيث لا يجوز للزوجين المتلاعنين أن يعودا الى بعضهما بعقد جديد ؟...

أم ان الفرقة بينهما مؤقتة سرعان ما تعود الزوجية اذا رغبا بالعودة فكذب الزوج نفسه واقيم عليه الحد ؟ ..

انقسم الفقهاء الى رأيين فمنهم من قال ان التحريم باللعان تحريم مؤبد كالتحريم بالرضاع ومنهم من قال أنه تحريم مؤقت كسائر أنواع الفرق التي تتم بحكم القضاء .

من قال بالتحريم المؤبد :

الجمهور على أن الفرقة باللعان فرقة مؤبدة وذلك ان الحياة الزوجية مبناها المحبة والثقة وأي ثقة يتبادلها زوجان تم اللعان بينهما أمام جماهير الناس[٢] .

قال في الروض النضير : « ان الحكمة تقتضي تأبيد التحريم ، فان النفرة الحاصلة من اساءة كل واحد منهما الى صاحبه لا تزول ابدا لان الرجل ان كان صادقا عليها فقد أشاع فاحشتها وفضحها على رؤوس الاشهاد وان كان كاذبا فقد أضاف الى ذلك تهمتها بهذه الفرية العظيمة[٣] .

---

(١) الروض النضير ١٩٦/٤ .

(٢) جاء في المهذب ١٣٥/٢ ويستحب ان يكون اللعان امام جماعة .

(٣) الروض النضير ١٩٦/٤

والى هذا ذهب الجعفرية[1] والشافعية[2] والزيدية[3] والحنابلة[4] والظاهرية[5] والمالكية[6] والاباضية[7] . ومن الاحناف : أبو يوسف وزفر والحسن بن زياد[8] .

وهو مذهب عمرو علي وعبد الله بن مسعود .

حجة القائلين بالتحريم المؤبد :

ما روي عن الزهري في قصة المتلاعنين : ففرق رسول الله بينهما . وقال لا يجتمعان ابداً . وعن عمر بن الخطاب : يفرق بينهما ولا يجتمعان ابدا[9] .

وقال سعيد بن جبير ان أكذب نفسه ردت اليه ما دامت في العدة .

وعن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال :

« المتلاعنان اذا تفرقا لا يجتمعان ابداً . الروايات التي جاء فيها : فمضت سنة المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان ابدا .

---

(١) الروضة البهية ١٨٤/٢ حيث جاء فيها : والتحريم مؤبد ولو كذب نفسه . المختصر النافع ٢٣٥ .

(٢) نهاية المحتاج ١٩٣/٦

(٣) الروض النضير ١٩٦/٤ .

(٤) المذهب عند الحنابلة ان الفرقة باللعان فرقة مؤبدة هذا ما جزم به في الوجيز وقدمه في المحرر والنظم والرعايتين والحاوي الصغير والفروع .
وهناك رواية أخرى انه لا تحرم اذا كذب نفسه . وقد حاول صاحب الانصاف التوفيق بين المذهب والرواية الثانية فقال : ينبغي أن تحمل هذه الرواية علي ما اذا لم يفرق الحاكم بينهما فاما إن فرق بينهما فلا وجه لبقاء النكاح بحاله . الانصاف ١٢١/٨ .

(٥) المحلى ١٤٤/١٠

(٦) بداية المجتهد ٧٣/٢ الخرشي ٢٧٥/٣

(٧) شرح النيل ٥٤٥/٣

(٨) مجمع الأنهر ٤٦٤/١

(٩) زاد المعاد ١٠٤/٤ أما ابن القيم فقد قال في زاد المعاد بعد ان ذكر هذه الرواية اشارة الى قوله عليه السلام المتلاعنان اذا تفرقا لا يجتمعان ابداً . الرواية مطلقة ولا أثر لتفريق الحاكم في دوام التحريم فإن الفرقة الواقعة بنفس اللعان اقوى من الفرقة الحاصلة بتفريق الحاكم وفي رأيي ان منشأ الخلاف : ان من أجاز التكذيب ولم يجز هو الخلاف حول وقوع الفرقة بمجرد اللعان ام بتفريق الحاكم .

ورواية ابن عمر : ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا سبيل لك عليها .

وفي البيهقي من حديث سعيد بن جبير عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : المتلاعنان اذا تفرقا لا يجتمعان ابدا .

فهذه النصوص تفيد أنها حرمت عليه حرمة مؤبدة .

وقد رد على هذا الدليل بأن قول ابن شهاب : فمضت سنة المتلاعنين ... ليس فيه ما يدل على أن السنة هي سنة النبي صلى الله عليه وسلم فقد تكون وقد لا تكون ، واذ وجد الاحتمال سقط الاستدلال .

وأما قوله : لا سبيل له عليها فهو بمثابة اخبار عن الفرقة التي تمت بينهما اذ انها حرمت عليه والحرمة سواء كانت مؤقتة أم لا يصدق القول فيها أنه لا سبيل له عليها ، ويكون معنى قوله عليه السلام : لا سبيل لك عليها ما لم تتزوجها من جديد وبعقد جديد[1]

---

(١) روى حديث « المتلاعنان لا يجتمعان ابداً » ثلاثة من الصحابة وهم : سهل بن سعد الساعدي ، وعبدالله ابن عمر ، وعبد الله بن عباس ، وروي موقوفاً عن ثلاثة من الصحابة ايضاً وهم : عمر بن الخطاب ، وعبد الله بن مسعود ، وعلي بن أبي طالب . فحديث سهل بن سعد اخرجه البخاري ومسلم ومالك في طوطأ وابو داود والنسائي بطريق محمد بن شهاب . وفي رواية في قصة المتلاعنين للبيهقي بلفظ : فرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقال : لا يجتمعان ابداً .
وحديث ابن عمر اخرجه الدارقطني والبيهقي في سننيهما قال : عد النبي صلى الله عليه وسلم « المتلاعنان اذا تفرقا لا يجتمعان ابداً » قال صاحب التنقيح : اسناده جيد .
وحديث ابن عباس اخرجه البخاري واحمد وابو داوود والترمذي .
وفي رواية للدارقطني عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم : « المتلاعنان اذا تفرقا لا يجتمعان أبداً » .
وحديث عمر اخرجه عبد الرزاق وابن ابي شيبة موقوفاً ولفظه : المتلاعنان لا يجتمعان ابداً . واخرجه عبد الرزاق ايضاً عن ابن مسعود وعلي. واخرجه ابن ابي شيبة ايضاً عن ابن عمر وابن مسعود موقوفاً ولم يروياه مرفوعاً اصلا . واخرجه الطبراني عن ابن مسعود . قال الهيثمي : وفيه قيس بن الربيع ، وثقة شعبه وغيره وفيه ضعف وبقية رجاله ثقات . وحديث ابن مسعود وعلي اخرجه الدارقطني وعبد الرزاق وابن ابي شيبة قالا : « مضت السنة ان لا يجتمع المتلاعنان » .
واخرج الدارقطني عن علي ايضاً قال : « مضت السنة في المتلاعنين ا نلا يجتمعا ابداً » .

من قال بالتحريم المؤقت

قال ابو حنيفة ومحمد ان الفرقة بين الزوجين باللعان توجب حرمة مؤقتة فاذا كذب الزوج نفسه بعد اللعان والفرقة وأقيم عليه حد القذف فان له ان يعود الى زوجته بعقد جديد .

وروي هذا عن التابعين : سعيد بن المسيب وابراهيم والشعبي وسعيد بن جبير .

ادلة القائلين بالتحريم المؤقت :

١) عموم آيات النكاح في القرآن الكريم ليس فيها ما يشير الى التحريم المؤبد في اللعان كقوله تعالى : « حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت » .

وكقوله تعالى : « وامهاتكم اللائي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة » فهـذه نصوص التحريم ثم ذكر الله تعالى « واحل لكم ما وراء ذلكم » .

وقوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء » .

فالله تعالى قد بين في كتابه الكريم ما حرمه على المسلمين من النساء وما أباحه لهم وليس فيه ما يدل على ان الزوجة التي فرق بينها وبين زوجها باللعان انها محرمة عـلى زوجها .

٢) ان الفرقة باللعان تقع بحكم الحاكم وكل فرقة كانت من جانب الحاكم لا توجب التحريم المؤبد كالتفريق بسبب العيب .

ويمكن الرد على هذا الدليل ان التفريق بسبب العيب لا يمنع الزوجين من العودة الى حياتهما الزوجية اثر تفريقهما مباشرة بينما لا يجوز ذلك في اللعان فالقياس مع الفارق ، فالقاضي اذا فرق بين الزوجين بسبب العيب مثلا ثم أراد الزوجان أن يستأنفا حياتهمـا الزوجية جاز ذلك . أما التفريق بسبب اللعان فحتى على القول بأنه يجوز لهما العودة الى زوجيتهما فأنه لا بد من أن يكذب الرجل نفسه وأن يقيم الحاكم عليه الحد .

٣) لو كذب الملاعن نفسه بعد أن تم اللعان وقبل وقوع الفرقة أي قبل أن يفرق الحاكم بينهما ، على مذهبهم . لوجب حد القذف على الرجل ولا يفرق القاضي بينهما .

وقد قال بهذا الرأي أبو يوسف أيضاً مع أنه من القائلين بالتحريم المؤبد .

وعلى هذا فاذا اكذب الرجل نفسه بعد تفريق الحاكم فيجب الا يختلف الحكم في الحالين لأنه طالما أن تكذيب الزوج نفسه قبل التفريق كان سبباً لزوال حكم اللعان فيجب أن يكون كذلك الحكم فيما لو كذب نفسه بعد التفريق .

وفي رأينا :

ان مما يؤيد حجة القائلين بالحرمة المؤقتة ان التحريم لا يكون الا بنص جاء في القرآن الكريم ولا شيء في ذلك ، وما ورد في السنة يمكن تأويله لأنه يحتمل عدة معان ، ومع الاحتمال لايصح بالاستدلال. ولكننا نرى أنه ليس من السهل أن تعود حياة زوجية يملؤها الصفاء والمودة بعد أن عكر صفوها تهم باطلة وادعاءات كاذبة تحيل نعيم الاسرة الى جحيم لا يطاق .

٣ ــ نفي الولد

اما الاثر الثالث : فهو نفي الولد :

قلنا إن القذف إما أن يكون بتهمة الزنا أو لنفي الولد وقد بحثنا الموضوع الأول اما نفي الولد :

إذا رجعنا إلى القرآن الكريم وآيات سورة النور التي جاء فيها حكم القذف واللعان لا نجد فيها ما يشير إلى حكم نفي الولد ، ولكن الفقهاء استدلوا على ذلك من السنة الكريمة وقضاء الرسول عليه السلام .

ولهذا قال الجصاص : ليس في كتاب الله عز وجل ذكر نفي الولد إلا أنه قد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم نفي الولد باللعان إذا قذفها بنفي الولد .

وقد روى البخاري ومسلم حديث عن ابن عمر : أن رجلاً لاعن امرأته في زمن رسول الله وانتفى من ولدها ففرق رسول الله بينهما وألحق الولد بالمرأة .

واختلف الفقهاء في الزمن الذي يحق للزوج فيه أن ينفي الولد وسبب الخلاف أنه لم يرد في ذلك قرآن ولا سنة . ولكن من المتفق عليه أن سكوت الرجل مدة من الزمان يعتبر رضا بالولد واقراراً به وبعد اقراره به واعترافه ببنوته لا يصح له الانكار ولا النفي[1] .

* * *

(١) واحكام نفي الولد ليست من موضوع بحثنا انما ذكرنا كلمة عنها باعتبارها أثر من آثار اللعان ومن أصول هذا البحث ١) حديث رسول الله : الولد للفراش وللعاهر الحجر . ٢) والقاعدة الفقهية أن الولد لا ينتفي بتصادق الزوجين بل لا بد من لعان وحكم . التاج المذهب ٢/٢٦٦ . راجع زاد المعاد ٤/٩١ .

المبحث الثاني
الطلاق للزنا لدى بعض الامم القديمة والشرائع السابقة

الفرع الاول
الطلاق للزنا عند اليونان

كان للرجل سلطة مطلقة على زوجته لدى اليونان – كما ذكرنا – وخاصة في العصر القديم حيث كان الزوج يشتري زوجته بالمال ومن ملك شيئاً بالمال استبد به ولهذا كان الزواج قاسياً على الزوجة بحيث لا تستطيع مهما اقترف زوجها في حقها من ذنوب واثام أن تطلب الطلاق .

والرجل كان يملك حق الطلاق بدون أي قيد ، اللهم الا فوات المبلغ الضخم من المال الذي دفعه لزوجته حين عقد الزواج الذي تم بالشراء .

غير ان هناك بعض الحالات كان الزوج يستطيع أن يطلق زوجته دون أن يتكبد ما دفعه من مال وذلك كما لو زنت الزوجة فالرجل يطلقها ويسترد منها ما دفعه لها لأنها اخلت بالغرض المقصود من النكاح وهو انجاب ذرية شرعية .

ولما جاء العصر الكلاسيكي خف الطلاق نسبياً بعد زوال طريق الشراء كسبب موجب لعقد الزواج ولكن بقيت الاسباب هي هي التي تبيح للزوج أن يطلق ويسترد المال ومن هذه الحالات الزنا[1] .

والشيء الجديد في العصر الكلاسيكي ان الزوجة اكتسبت بعض الحقوق فأصبح بمقدورها أن تطلب الطلاق من القاضي اذا أسرف الزوج في حياة اللهو والدعارة . وقياساً على هذا نستطيع القول ان الزوجة في هذا العهد كانت تملك طلب الطلاق اذا ما ارتكب زوجها جريمة الزنا .

---

(١) المرأة عند قدماء اليونان ص ١٣٠ .

الفرع الثاني

الطلاق للزنا عند الرومان

كان العرف الروماني يعطي الزوج حق توقيع عقوبة الموت على زوجته اذا زنت ، وكان حق العقوبة خاصاً بالزوج ثم انتقل الى مجلس عائلي يضم أفراد الاسرتين ، حتى أصدر الامبراطور أوغسطس قانون جوليا الخاص بالخيانة الزوجية ، فانتقل هذا الحق الى الدولة حيث أصبحت هي التي تتولى عقاب الزوجة الزانية وأعطى هذا القانون للزوج حق الطلاق وهو حق خاص به الا في حالة الزنا فقد ألزمه بالطلاق الزاماً لا خيار له فيه .

وفي عصر قسطنطين جعلت عقوبة الموت جزاء على من يثبت زناها ، وسلب من الزوج حق العفو عن جريمة زوجته . ثم جاء ستينيان فاستبدل بعقوبة الموت عقوبة الجلد والنفي وأعطى الزوج حق العفو عن زوجته .

أما زنا الزوج فيختلف عن زنا الزوجة ومع هذا فلم يخلو الأمر من عقاب الزوج اذا ما أخل باالالتزام الزوجي وارتكب جريمة الزنا . والعقوبة كانت عبارة عن حرمان الزوج من اتهام الزوجة اذا ما زنت في المستقبل . هذا في العصر الكلاسيكي .

أما في عصر الامبراطورية السفلى فقد شرع قانون يفقد بموجبه كل زوج خان زوجته فارتكب جريمة الزنا الحق في جميع الاموال التي وهبها لزوجته والتي كان من حقه أن يستردها .

وهكذا يلاحظ التفرقة الواضحة بين زنا الزوج وزنا الزوجة ، فزنا الزوج لا يترتب عليه أكثر من أنه يفقد حق اتهام زوجته فيما اذا زنت وبعض حقوق مالية أخرى ، أما زنا الزوجة فيلزم الزوج الزاماً بطلاقها لا خيار له فيه[1] .

---

(١) المرأة عند الرومان ص ٢١٤ .

كما ان القانون الروماني منع زواج الزانية بعد طلاقها من أي شخص آخر عقوبة لها على فعلها الشنيع الذي ارتكبته وخانت به زوجها .فقد أصدر الامبراطور جوستينيان ٥٥٦ مرسوماً يقضي ببطلان زواج الزانية من شريكها بالزنا .

وقد تأثرت بهذه الشريعة البيزنطية : فقد جاء في قواعد باسيليوس (٩ و ٢١) ، أنه يجب على الرجل أن يطلق امرأته اذا زنت ــ أما الرجل فتجب عليه التوبة .

وقد نص في القاعدة (٣٩) ان زواج الزانية المطلقة يعتبر باطلاً مع أي شخص آخر بعد طلاقها من زوجها الاول[1] ، ولو تم هذا الزواج بعد توبة الزوجة .

* * *

(٢) الأحوال الشخصية لغير المسلمين شفيق شحاته ص ٤٧ .

الفرع الثالث

الطلاق للزنا لدى اليهود

طائفة الربانيين

الطلاق مباح للرجل لدى اليهود ، فله أن يطلق زوجته لدى طائفة الربانيين متى شاء ويدفع لها حقوقها المقررة لها بموجب عقد الزواج والعرف السائد .

الا أن هناك بعض الحالات يجوز للزوج أن يطلق زوجته دون أي التزام مالي ، وقد عدد قانون الاحوال الشخصية لليهود هذه الحالات ومنها حالة الزنا .

فاذا رأى الزوج زوجته تزني أو علم من أحد ذلك حرمت عليه ووجب الطلاق ولا خيار له في الأمر لان الزانية لا يجوز أن تكون زوجة شرعية .

اما اذا ثبت أن الزنا كان اغتصاباً ورغماً عن ارادة الزوجة فلا تحرم على زوجها ولها حقوقها الكاملة فان شاء طلق وأدى لها ما يترتب على الطلاق من الحقوق والا فهي زوجته .

وكذلك اذا اتهم الرجل زوجته وجاءت تنفي ذلك فانها تحلف على أنها لم تزن وان ما اتهمها به زوجها باطل وبذلك ترفع التهمة الملصقة بها[1] .

جاء في المادة ١٦٨ من قانون الاحوال الشخصية للربانيين :

---

(١) ولا يقتصر طلب الطلاق على الزنا بل اذا ساء سلوك الزوجة فللزوج أن يطلق زوجته ففي حكم لحاخامخانة الاسكندرية : اذا كان سلوك الزوجة لم يكن مما يخفف حدة الشكوك التي تساور رأي الزوج حول امانتها بل على العكس كانت تسلك كل السبل لتدعيم الشكوى فتحكم المحكمة بايقاع الطلاق لخطأ من الزوجة في حق زوجها . تاريخ الحكم ١٩٥٣/١٢/٢١ - راجع صالح حنفي ص ٢٥٤ أحمد رفعت خفاجي ٦٦ .

اذا ثبت شرعاً زنا المرأة حرمت على زوجها وكلف بطلاقها بلا حقوق .

المادة ١٨٤ :

اذا كان الزنا اغتصاباً شرعاً فلا تحرم الزوجة ولا تسقط حقوقها .

المادة ١٨٦ :

اذا نظر الرجل امرأته تزني أوعلم من ثقة أو اعتقد زناها حرمت عليه ووجب الطلاق ولا حقوق لها الا اذا حلفت .

أما اذا زنا الزوج فهل للزوجة أن تطلب الطلاق ؟ ..

اذا ارتكب الزوج جريمة الزنا فهل يحق لزوجته أن تطلب الطلاق لطالما انها لا تملك أن تطلق نفسها ام ان حق الطلاق بسبب الزنا خاص للرجل دون المرأة ؟ ..

قال الربانيون :

اذا ارتكب الزوج الزنا مرة واحدة فلا يحق للزوجة أن تطلب الطلاق ، اما اذا تكرر الزنا وأصر على فعله فيحق لها أن تطلب الطلاق أي اذا اعتاد الزوج على جريمة الزنا فالقانون يعطي الزوجة حق الطلاق لا للزنا مرة واحدة بل لاعتياد الزنا أكثر من مرة .

جاء في المادة ٢١٦ :

اذا اعتاد الرجل الزنا أو اعتاد ضرب زوجته أو اطعامها غير الحلال جاز إجابة طلبها الى الطلاق .

طائفة القرائين

وأما طائفة القرائين فلا تبيح للزوج الطلاق متى أراد دون قيود كما تذهب الطائفة الاخرى بل تشترط بعض القيود وان كانت أقرب الى الديانيه منها الى حكم القضاء .

وفيما يتعلق بالزنا قالوا لا يجوز للزوج أن يتزوج زانية .

وعللوا ذلك: بأن الزانية من الصعب أن تتوب عن عملها وعادتها فكأن الزواج لها لا فائدة منه اذ سوف يطلقها حينما تزني والطلاق واجب على الزوج اذا زنت زوجته فكأنها لم تتزوج .

أما اذا زنت الزوجة فقد ميزت طائفة القرائين بين حالات ثلاث :

١ — أما ان يبلغه من أحد أقاربه أو اصدقائه ان امرأته ارتكبت جريمة الزنا ، وشهد شاهد واحد منهم على ذلك كان هذا سبباً للتحريم والطلاق لازم على الزوج .

فاذا انكرت أمام الكاهن ما نسب اليها[1] ، وحلفت اليمين على ذلك فلا تسقط حقوقها الزوجية بل على الزوج أن يدفع لها المتفق عليه حين عقد الزواج .

أما اذا شهد شاهدان على زناها فتسقط جميع حقوقها وتحرم على زوجها .

٢ — أما اذا كان الزنا غصباً واكراهاً بحيث لم يكن للزوجة فيه الخيار قالوا يجب على الزوج أن يطلقها وتأخذ حينئذ ما في حوزتها من الجهاز .

---

(١) جاء في شعار الخضر لليهود القرائين ص ١٢١ .
كان الرجل يأتي بامرأته الى الكاهن اذا ارتاب من أمرها فيسقيها الكاهن ماء الشطط أي مجاوزة الحد حد العفة فاما ان تشرب واما ان تأبى فإذا أبت كان هذا ثبوتاً للتهمة ، وإذا شربت ولم يصبها شيء دل هذا على نزاهتها والا انتفخ بطنها وسقط فخذها .

٣ ـ والحالة الثالثة التي يجبر فيها الزوج على طلاق زوجته وتسقط حقوقها هو ما لو اعتادت الزوجة اللهو والفجور وتعريض نفسها للزنا والابتذال في الشوارع والطرقات بدون علم زوجها او اذا وجدها مع شخص آخر اجنبي عليها[1] ـ .

* * *

(١) على أنه يلاحظ أن تقدير هذه الأشياء أمر نسبي يختلف حسب الظروف والبيئات وقد قضت محكمة النقض المصرية بالنسبة الى طائفة القرائين ان تقدير سوء سلوك الزوجة وابتذالها مرجعه الى محكمة الموضوع ـ نقض رقم ١٥ سنة ٢٥ من احوال شخصية في ١٠/١/١٩٥٧ .

الفرع الرابع

الطلاق للزنا في المسيحية

أجمعت الشريعة المسيحية بمختلف مذاهبها على استنكار جريمة الزنا متأثـــرة بذلك بتعاليم الانجيل كتشريع سماوي وبالقانون الروماني كقانون وضعي .

ولا خلاف بين المذاهب المسيحية في ان زنا احد الزوجين سبب موجب للتفرقة فمن أباح الطلاق اعتبره سبباً للفرقة بين الزوجين ومن لم يبح الفرقة قال بالانفصال الجسماني .

ومن الجدير بالذكر ان هذه النظرة لم تقتصر على من ارتكبها اثناء الحياة الزوجية بل شملت من زنا وأراد أن يتزوج ، وكذلك من طلق الزنا وأراد أن يعود الى زوجته .

كما ان الشريعة المسيحية زيادة منها في استنكار هذه الجريمة فقد اعتبرت مقدماتها من اغواء وسوء سلوك وانحراف ، جريمة تبيح للطرف الاخر أن يطلب الطلاق ممـــن ارتكبها .

وسوف نذكر نصوص الانجيل ومواد القانون بمختلف المذاهب المسيحية في هذا الموضوع وما ذهب اليه الشراح في شروحهم ورجال القضاء في تطبيقهم العملي لهـــذه النصوص ، ثم أخيراً أبين رأيي بالتفريق للزنا بين الزوجين في الشريعة المسيحية .

نصوص الانجيل

جاء في انجيل متى الاصحاح ٥ العدد ٣٢ : من طلق امرأته الا لعلة الزنا فقد جعلها زانية .

وجاء أيضاً في انجيل متى الاصحاح ١٥ العدد ٩ : من طلق امرأته الا لعلة زنا وأخذ أخرى فقد زنا .

هذا ما جاء في الانجيل بما يتعلق زنا الزوجة ولهذا فان المذاهب المسيحية أخذت هذه النصوص وفسرتها بالطلاق ما عدا الكاثوليك الذين اعتبروا الطلاق هو الانفصال الجسماني حيث ينفصل الزوج عن زوجته بموجب حكم من الهيئة المختصة اذا ما ثبت زنا شريكه الآخر ويعيش الزوجان كل منهما بمعزل عن الآخر لا يستطيع ان يتزوج ولا يجوز له أن يطلق[1] .

* * *

قوانين المسيحية في الطلاق للزنا

وأول قانون لدى المسيحية أباح الطلاق يرجع الى القرن الثالث للميلاد . فقد جاء في القانون السابع والأربعين من قوانين الملوك :

وأي رجل عرفه الناس بأن زوجته قد زنت ولم يعلم بذلك يقيناً وأراد أن يعرف حقيقة أمرها فليقدمها الى الحاكم في كنيسة الله ويوقفها قدام المذبح ويعطى لها كأس

(١) جاء في كتاب الاحوال الشخصية لنمر وحبشي ص ٣٢٩ « وتعرف ايضاً بكأس الباهتة وهو ان يأخذ الكاهن وعاء من الفخار به ماء كيبريتيا وتراباً من المذبح ويستحلف الزوجة عما اذا كان زنا بها رجل غريب فإن انكرت اعطاها هذا الماء لتشربه فإن كانت كاذبة ينتفخ جسمها وتصبح آية لمن يراها وان كانت بريئة لا يصيبها ضرر ما ويذهب الله ما في قلب زوجها من الغيرة » .

الامتحان[1] .

وجاء في المجموع الصفوي[2] :

ان الزيجة تفسخ في حالة الزنا اذا ثبت وقوعه من المرأة وفي استمرار وقوعه من الرجل خلاف .

وذكر ابن كير في مخطوطه ، مصباح الظلمة لايضاح الخدمة[3] :

ان الزيجة تفسخ اذا وقع الزنا من المرأة وفي الاستمرار مع زنا الرجل خلاف .

وجاء في الخلاصة القانونية[4] .

م ٧٦ : اذا زنت المرأة بعد زواجها واطلع زوجها على أمرها وأثبت ذلك لـدى الرئيس الشرعي تفرق سنه ..

ونلاحظ على هذه النصوص والملاحظات التالية :

١) انها استعملت لفظ الفسخ في كل من المجموع الصفوي ومصباح الظلمة .

٢) انها حصرت حق طلب الفسخ بالزوج أما الزوجة ففي الأمر خلاف اذا ما استمر الزوج على ارتكاب الزنا ويفهم منه ان ارتكاب الزوج الزنا مرة واحدة لا خلاف في أنه لا يعتبر جريمة يبيح للزوجة طلب التفرقة لاجلها[5] .

---

(١) هذا تمشياً من نظام الكنيسة الكاثوليكية في أن الزواج متى تم فهو علاقة دائمة غير قابلة للانحلال إلا بالموت

– يقول الاستاذ حلمي بطرس في كتابه الأحوال الشخصية لغير المسلمين ص ٢٤٢ : –

أثار قول المسيح في انجيل متى ، من تزوج بزانية فقد زنا بها « مشكلة دقيقة في القانون الكنسي هي حكم زواج الزاني بشريكه اهو صحيح ام باطل ولكل كنيسة رأي في الموضوع » .

(٢) المجموع الصفوي الباب ٣٤ الفصل ٦ طبعة ١٩٣٢ .

(٣) مخطوط مصباح الظلمة لايضاح الخدمة ص ٤٤٥ .

(٤) الخلاصة القانونية ص ٣٧ في السبب الثالث طبعة ١٩٣٣ .

(٥) جاء في المجموع الصفوي : يجب التشديد في زنا المرأة اكثر من زنا الرجل لأنه من كبار مقاصد الناموس دفع الاضرار الواقعة للناس بعضهم من بعض والرجل في اكثر الأمر تبلغ به الغيرة الى ان يقتل امرأته او الذي زنا بها . اما المرأة واقاربها فلا يفعلون بالرجل ، كذلك النسل فانما يتيقن ويحتفظ من جهة المرأة فإذا افسد فسد الميراث والحقوق الأبوية . الباب ٢٤ فصل ٦ .

٣) ان نص الخلاصة صريح في أن وقوع الزنا بعد الزواج . أما النصين الاولين فليس فيهما هذا الوضوح .

ثم جاءت التقنينات الجديدة لطائفة الاقباط الارثوذكس في قانوني ١٩٣٨ و ١٩٥٥ فنصت على ذلك م ٤٠ من قانون ١٩٣٨ ف ١ :

يجوز الطلاق في حالة زنا أحد الزوجين .

م ٤٨ من قانون ١٩٥٥ : يجوز لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق لعلة الزنا .

ويلاحظ في هذه المجموعات انها لم تفرق زنا الزوج عن زنا الزوجة وعبرت بالفرقة بلفظ الطلاق بدلا عن الفسخ .

وأما الطائفة الانجيلية فهي وان كانت متفرعة عن الطائفة الكاثوليكية الا انها أباحت لأحد الزوجين طلب الطلاق في حالة الزنا على أن يكون ذلك بعد الزواج لا قبله[1] .

ونص المادة ١٨ ، اذا زنا أحد الزوجين وطلب الطلاق الزوج الآخر .

وكذلك نصت المادة ٣٨ من قواعد الارمن الارثوذكس :

« زنى أحد الزوجين يبيح للآخر طلب الطلاق .

أما الكنيسة الكاثوليكية فقد أجازت الانفصال الجسماني في حال ارتكاب أحد الزوجين جريمة الزنا بناء على حكم يصدر من الكنيسة[2] .

الزنا قبل الزواج

أما اذا ارتكبت الزوجة الزنا قبل الزواج فللزوج أيضاً حق الفراق كما جاء في نصوص ابن لقلق[3]«من تقول على زوجته عند اجتماعه بها انه لم يجدها عذراء فان ثبت

---

(١) راجع نص المادة ١٨ من قانون الطائفة الانجيلية البروتستانت .

(٢) المادة ٦٥ من قانون الكاثوليك حيث نص : لا يستطيع ان يعقد زواجاً صحيحاً : ١) من اقترف مع صاحبه زنا وكان مرتبطاً بزواج صحيح واحد وتواعد الفريقان بالزواج أو حاولا الزواج نفسه ولو باجراء مدني ٢) من اقترف مع صاحبه زنا وكان مرتبطاً بزواج صحيح واحد وقتل احدهما زوجه .

(٣) قوانين الانباكيرلس الشهير بابن لقلق .

كذبه عوقب وبقيت له زوجه شاء أو أبى . وان أثبت صدقه فرق بينهما وأخــذ جهازها[1] .

ويقول الدكتور شفيق شحاته في كتابه الاحوال الشخصية لغير المسلمين[2] .

ولو زنت المرأة قبل زواجها ، فوجدها الزوج حين زواجها ثيباً فقذفها بتهمة الزنا تطلق منه ، ولا تستطيع أن تتزوج بآخر . ولكن يلزم لذلك أن يكون قوله الذي قذفها به حقاً ولم يجدها عذراء ولا لوالديها بينة .

فالزنا وحده لا يقوم به المانع في هذه الصورة ، ولكن يلزم الى ذلك ان يكون قد قذفها به الزوج وثبتت صحة التهمة بأن كانت ثيباً وليس لوالديها ما يدحض التهمة . فالعبرة هنا بالقذف[3] .

معنى الزنا الموجب لطلب الطلاق

هذا ما يتعلق بزنا أحد الزوجين وما جاء به من نصوص ومواد قانونية في مختلــف المذاهب المسيحية . وقد قلنا آنفاً ان القوانين اعتبرت مقدمات الزنا كسوء السلــوك والانحلال الخلقي سبباً من الأسباب التي تجعل لاحد الزوجين طلب الطلاق وهذه الحالات تسمى بالفقه المسيحي بالزنا الحكمي بينما يسمون الحالات التي يثبت فيها الوقاع بين الطرفين بالزنا الحقيقي .

وسبب عدم هذه التفرقة بين الحالتين ان الزنا في القوانين الكنسية يختلف عن الزنا في

---

(١) نمر وحبشي ص ٣٣٣.

(٢) الاحوال الشخصية للدكتور شفيق شحاته ٥٩/٥ .

(٣) هذا النص مأخوذ من المجموع الصفوي ص ٢٤٦ وفي رأيي أن عبارات ابن العسال في القذف وعدم البينة على اثبات الزنا عبارات لم نجدها لدى الاقدمين من فقهاء الكنيسة ولعل ابن العسال لوجوده في مصر قد تأثر بالتشريع الاسلامي في كثير من عباراته وتقنيناته في كتابه المشار اليه . بل وجدت نصاً لدى الروم الارثوذكس يعطي الزوجة حق طلب طلاقها من زوجها اذا اتهمها بالزنا وعجز عن اثبات ذلك – راجع نمر حبشي ٣٣٨ وهذا النص هو مشابه لنظام اللعان في الشريعة الاسلامية حيث يتهم الزوج زوجته بالزنا ويعجز عن الاثبات .

القانون الجنائي ، فالزنا في نظر القانون الجنائي هو الوطء غير المشروع اذا ارتكبته الزوجة وهي تعلم ان من يجامعها غير زوجها ، وزنا الزوج يجب أن يكون كذلك وفي منزل الزوجية .

أما الزنا في القوانين الكنسية فلا يصل الى درجة الوطء بل يعتبر متوافراً اذا وجدت صلات غير مشروعة بين الزوجة وشخص اجنبي عليها سواء كانت هذه الافعال في دور التحضير أم دخلت دور التنفيذ وذلك حرصاً على الرابطة الزوجية .

وجاء في الخلاصة القانونية في الاسباب المبيحة للتطليق .

السبب الخامس م ٧٩ : وكذلك اذا تمادت المرأة على اجراء ما يستلزم إفساد عفتها كما اذا سكرت او دخلت الملاهي مع رجال أجانب أو ترددت الى أماكن اللهو بدون اذن الرجل اوما يجري مجرى ذلك مما يشين عرضها ويعرضها لخطر الفساد ولم تنته ولم تثبت واستمرت بعد نصحها وتوبيخها وردعها من الرئيس ثلاث مرات مواظبة على قباحتها يكون ذلك موجباً لفراقها من الرجل بفسخ زيجتها[١] .

ولكن الاستاذ بقطر حبشي يعلق في كتابه على هذه الأسباب التي أوردها ابن العسال ونقلها عنه في الخلاصة بقوله : ان الامثلة التي أوردها ابن العسال في أواخر القرن الثاني عشر وان كانت تتفق مع العصر الذي قيلت فيه فالواجب مراعاة العصر الحاضر[٢] .

وكأن الاستاذ المؤلف يريد أن يقول أن هذه الأسباب لم تعد تصلح للتفرقة بين الزوجين لان الحياة التي نعيشها تختلف عن عصر ابن العسال ، ولكني أقول قبل أن أبدي

---

(١) الخلاصة القانونية ص ٣٨

(٢) نمروحبشي ٣٧٧ وقريب من هذا ما ذهب اليه الدكتور احمد خفاجي في كتابه قضاء الأحوال الشخصية ص ٦ حيث يقول ان الأخلاق شيء والقانون شيء آخر . ولكننا لا نقر ما ذهبا إليه فالأخلاق لدى أمة هي مجموعة الأعراف لديها من تقاليد وعادات وهذه من مصادر القانون حيث لا نص فيه على ذلك .

رأيي في هذا الموضوع ان تقنين الاقباط الارثوذكس لعام ١٩٣٨ نص في مادتـه ٥٦ ما يلي :

اذا ساء سلوك أحد الزوجين وفسدت اخلاقه وانغمس في حمأة الرذيلة ولم يجد في اصلاحه وتوبيخ الرئيس الديني ونصائحه جاز للزوج الآخر أن يطلب الطلاق .

فهذا نص صريح لقانون حديث وضعه رجال الطائفة المسيحية نصوا فيه على سوء السلوك باعتباره سبباً يجيز لأحد الزوجين طلب الطلاق .

أما قانون ١٩٥٥ فقد جاء خالياً من هذا النص ومع هذا يمكن اعتبار النص في القانون السابق غير منسوخ لان حكمه لا يتنافى مع ما جاء في القانون الجديد .

قال الدكتور اهاب اسماعيل[١] . « وعلى الرغم من عدم ورود مثل هذا النص في مشروع ١٩٥٥ الا ان هذا لا ينفي الاعتداد بالزنا الحكمي وبسوء السلوك لان مشروع سنة ١٩٥٥ أباح التطليق للزنا الذي يشمل الزنا الحكمي كما يشمل الزنا الحقيقي » .

وجاء في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية[٢] .

الزنا بمعناه الاعم يشمل الحالات التي تواضع رجال الفقه الديني على تسميتها بالزنا الحقيقي وهي اتصال جنسي محرم بين أحد الزوجين وشخص غريب عن العقد ، كما يشمل حالات أخرى اطلق عليها حاله الزنا الحكمي وهي التي لا يصل الوضع فيها الى الحالة السابقة وانما تكون سبيلاً الى الظن بأنها تؤدي اليه لأنها تفسد الظن وتؤدي به الى الاعتقاد بوقوع الزنا الحقيقي . ومثالها أن تتواجد الزوجة في محلات الفجور واللهو أو المواخـير أو تواجدها في بيت لا يفرق فيه على عفتها .

وهكذا نستطيع أن نضيف الى سبب الزنا الحقيقي سبباً آخر هو الزنا الحكمي بموجبه يستطيع أحد الزوجين طلب الطلاق .

واذا رجعنا الى مختلف النصوص والاجتهادات التي بين أيدينا نرى أنه يجب أن يتوافر في الزنا الحكمي ثلاثة شروط :

١) أن يسوء سلوك أحد الزوجين وتفسد أخلاقه وينغمس في حمأة الرذيلة .
٢) أن يعتاد هذا السلوك المنحرف .
٣) أن ينصحه رجل الدين قبل الفرقة .

---

(١) اهاب اسماعيل ١١٤ .
(٢) محكمة القاهرة الابتدائية ١٠/٦/٩٥٦ راجع صالح حنفي ص ٣٠٧ - وراجع رفعت خفاجي ص ٥٨ .

وتبعاً لاختلاف رجال الفقه في اعتبار سوء السلوك سبباً للطلاق فقد اختلف الاجتهاد القضائي .

فقد قضت محكمة الاستئناف الاسكندرية[١] : بأنه لا طلاق الا للزنا .

وقالت : ان احكام الشريعة المسيحية مدونة في الانجيل المقدس وهي وحدها : واجبة التطبيق وقد حرم فيها الطلاق تحريماً بتاتاً الا لعلة الزنا والمحكمة وقد نيط بتطبيق أحكام هذه الشريعة لا تحكم بالطلاق لأسباب لا تمت لعلة الزنا بصلة ...

ولكن هذه المحكمة نفسها رجعت عن حكمها بحكم آخر[٢] .

سوء المعاشرة واستحكام النفور بين الزوجين والفرقة بينهما لهذا السبب لمدة تزيد على الثلاث سنوات من الاسباب التي تبيح الطلاق عند الاقباط الارثوذكس .

وفي حكم لاستئناف القاهرة[٣] .

قالت فيه : « تجيز المادة ٥٧ من قانون الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس الذي أقره المجلس الملي العام ١٩٣٨ ، التطليق اذا أساء أحد الزوجين معاشرة الآخر واخل واجباته نحوه اخلالا جسيما مما أدى الى استحكام النفور بينهما وانتهى الامر بافتراقهما عن بعضهما واستمرت الفرقة ثلاث سنين متوالية » .

وهكذا نجد خلافاً لمن أراد أن يقيد هذه النصوص أو يلغيها حسب تطور الزمن والمفهوم الجديد للحياة التي نعيشها ، فللزوج أن يطلب الطلاق اذا أساءت زوجته سلوكها حسب ما جاء في النصوص السابقة كما ان النص في قانون ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس في مادته ٥٧ لا يزال ساري المفعول وان لم ينص عليه قانون ١٩٥٥ .

---

(١) محكمة استئناف الاسكندرية ١٩٥٦/٦/٥ .
(٢) محكمة استئناف الاسكندرية ١٩٥٦/١١/٢٢ .
(٣) محكمة استئناف القاهرة ١٩٥٦/١٢/٥ .

هل حق طلب الطلاق الزامي بالنسبة للزوج الاخر ؟

اذا ارتكب أحد الزوجين جريمة الزنا أو ساء سلوكه فهل للطرف الثاني الخيار في السكوت أو أن له حق مطالبة القضاء بالطلاق ؟ أم أنه يلزم على رفع الأمر للقاضي للتفريق بينهما ؟..

من مجموعة النصوص التي أطلعت عليها في الشريعة المسيحية ظهر لي أنه لا يجوز للزوج السكوت على زنا زوجته كما لا يجوز للزوجة أن تسكت عن زنا زوجها لان الزوجين جسد واحد فاذا ما فسد جزء منه فسد الاخر وبالزنا يفسد كلا الجسدين فلا يصح السكوت .

جاء في رسالة بولس الرسول الى العبرانيين الاصحاح ١٣ العدد ٤ :

ليكن الزواج مكرماً في كل شيء والمضجع طاهراً فان الزناة والفساق سيدينهم الله.

وفي رسالة بولس الرسول الاولى الاصحاح : العدد ٩ .

وفي رسالة بولس الاولى الى أهل كورنتس الاصحاح ٦ و١٦ و ١٨ :

من اقترن بزانية يصير معها جسداً واحداً ... اهربوا من الزنا فان كل خطيئة يفعلها الانسان هي في خارج الجسد . أما الزاني فانه يحرم الى جسده .

وفي رسالة بولس الاولى الى أهل كورنتس الاصحاح ٦ العدد ١٣ .

اما الجسد فليس لاجل الزنا بل لاجل الرب .

هذه نصوص صريحة في عدم جواز مخالطة الزناة فالواجب على أي من الزوجين اطلع على خيانة صاحبه الا يسكت لأنه يكون مخالطاً للزاني ومخالطة هؤلاء لا تجوز شرعاً .

ولكن قد يقال ان هذه النصوص اوامر شرعية ليس لها ما يؤيدها من القوانين التي وضعها رجال الكنيسة فلنرجع الى نصوص القوانين فنجد في الخلاصة القانونية :

السبب الثالث المادة ٧٦ : اذا زنت المرأة بعد زواجها واطلع رجلها على أمرها وأثبت ذلك لدى الرئيس الشرعي تفرق منه .

ويقول شارح الخلاصة[1] : اذا ثبت الزنا وشكا الزوج من امرأته فسخت الزيجة . أما اذا أراد معاشرتها قصداً في عدم وقوعها في هوة الفساد متى تابت توبة نصوحه فلا تطلق منه ولكن اذا وجب طلاقها لانها ستكون سبباً في جلب أضرار كثيرة .

وجاء في القانون الثالث عشر من مجموعة قوانين القديس باسيليوس الكبير :

« اذا كان زنا الزوجة بعلم زوجها ولم يشأ أن ينفصل عنها بل قبل معاشرتها رغم استمرارها على خطيئتها ، وجب اخراجه من الكنيسة لانه يعتبر مشتركا في أثر الزنا[2] .

* * *

وبعد فهذه نصوص ومتون ومواد في الديانة المسيحية تشير بوضوح الى الزام الزوج أو الزوجة اذا ما زنا أحدهما أن يطالب بالطلاق واذا ما تأخر كان آثماً ويطرد من الكنيسة لان في سكوته اعتراف ومشاركة بزنا صاحبه .

وقد رأينا أن صاحب الخلاصة القانونية ذهب الى أن الزنا المشتهر يعتبر سبباً للفسخ بين الزوجين بعد الدخول كما يعتبر سبباً مبطلاً ان حصل قبل الدخول .

ننتقل بعد هذا الى معرفة : هل اذا طلب أحد الزوجين الطلاق من القاضي يجيبه الى طلبه ام لا ؟ ..

---

(١) جرجس فيلوتاؤس عوض ص ٣٧ بل ان فيلوتاوس يذكر في المادة ٤٦ « زنا المرأة المشتهر المحقق ، من الأسباب التي تمنع الزواج من قبل وتبطله لو اتفق حصوله» يقول في ص ٢٤ .
واما الأسباب الاخرى فتمنع الزواج من قبل وتبطله لو اتفق حصوله وهي ثلاثة : – عدم النصرانية ، وزنا المرأة المشتهر المحقق ، والارتباط بشكل الرهينة .
ويقول الدكتور شحاته ص ٥٧ تعليقاً على هذا النص : « وهو يستند في ذلك الى قوانين ابن لقلق والى ما جاء بمجموع ابن العسال . فهذا النص صريح لا يوجب مطالبة الزوج بمفارقة زوجته الزانية بل أن العقد ينفسخ اذا اشتهر زنا الزوجة » .
(٢) نمر وحبشي ص ٣٣٨ .

هل الزنا سبب ملزم للقاضي بالتفريق

اذا ارتكب أحد الزوجين جريمة الزنا وتقدم الطرف الاخر للقاضي يطلب الطـلاق وأثبت الواقعة في المحكمة او كان لديه حكم قضائي بادانة صاحبه بهذه الجريمة فهـل القاضي ملزم بالفصل بين الزوجين وا صدار حكم الطلاق ام ان له السلطة التقديرية فله أن يطلق و له أن لا يطلق .

يقول الاستاذان نمر وحبشي في كتاب الاحوال الشخصية لغير المسلمين [١] : ان الزنا ليس سبباً الزامياً بمعنى أن للقاضي كامل سلطته التقديرية في الحكم به فله أن يفحص مدى خطورة الواقعة المنسوبة لاحد الزوجين على العلاقة مكيفاً الخطأ الذي وقع ، للوصول الى مدى تبريره وله الحق في تلمس عذر الزوج الزاني ...

ولكني أرى أن القاضي ملزم بالحكم بالطلاق اذا ما ثبتت واقعة الز نا من أحـد الزوجين واعتمد في هذا على عدة اعتبارات فقد سبق وذكرت النصوص التي تحـرم السكوت عن الزنا فكيف اذا لم يحكم القاضي بالتفريق يستمر الزوج بمعاشرة زوجته .

هذا فضلاً عن المصدر التاريخي لقوانين الاحوال الشخصية للطائفة المسيحية سواء ما اعتبرنا منها القانون الروماني أو القانون الفرنسي وقد أجمع الفقه والقضاء في فرنسا على اعتبار جريمة الزنا من الأسباب الملز مة للقاضي بالحكم بالتفريق[٢] .

ولهذا فاني لا أوافق على ما ذهب اليه الاستاذ نمر في كتابه من ان الزنا سبب اختياري وللقاضي السلطة التقديرية في الحكم بالطلاق أو عدمه ، بل أنه سبب الزامي متى تحقق من وقوعه فيجب عليه التفريق بين الزوجين .

---

(١) نمر وحبشي ص ٣٢٤ .

(٢) يقول الدكتور الشرقاوي ص ٣٦ : ان الفقه مجمع منذ وقت طويل على تقسيم اسباب الطلاق (في فرنسا) الى نوعين اسباب الزامية ، واسباب اختيارية ، ومن الاسباب الالزامية الزنا .

ويعجبني ما ذهب اليه الدكتور اهاب اسماعيل حيث فرق بين الزنا الحقيقي والزنا الحكمي فاعتبر الاول سبباً الزامياً للقاضي ، والثاني سبباً اختيارياً نظراً لما للثاني من مرونة تخضع للتقدير يقول : « ونعتقد أن التفرقة بين الزنا الحقيقي وجعله سبباً الزامياً والزنا الحكمي وجعله سبباً اختيارياً هي تفرقة منطقية تقوم على أن الاول لن يختلف اثنان في أضراره بالحياة الزوجية طالما أنه يقوم على الوطء الذي لا يقره مجتمع معين أو بيئة خاصة .

أما ما دون ذلك من الافعال فقد تختلف نظرة المجتمع اليه من مكان الى مكان فوجب ترك الأمر لتقدير القاضي لمعرفة مدى تأثير الفعل على الزوجية من خلال ظروف البيئة وأحوال الزوجين[1]) .

رأي لنا للطلاق في الزنا

يبدو لي ان القوانين والشرائع التي تحصر حق طلب الطلاق بزنا أحد الزوجين تفتح باباً للزنا في حين أنها تحسب انها تسد الابواب في وجه الزنا .

ان هذا الحق يبدو حسناً جداً فيما لو أعطي للزوجين الحق في الطلاق بارادتهما المنفردة ثم جعل هذا الحق استثنائياً وذلك تخلصاً من بعض الالتزامات المالية مثلاً .

أما وان يجعل هذا الحق حق الطلاق مقصوراً على الزنا وما شابه ذلك ففي هذا تجربة خطيرة للحياة الزوجية التي لا يملك أحد الزوجين انفصالها الا عن هذا الطريق .

ولتفصيل ذلك أقول :

لو فشلت الحياة الزوجية وتبين لاحد الزوجين استحالة استمرارها بعد أن ظن كل واحد منهما أن يجد في الآخر ما كان يرجوه ، وكثيراً ما تفشل تجارب الانسان في هذه الحياة ، فالطبائع قد تختلف والاخلاق قد لا تتلاءم مع بعضها ، بل قد يكون هناك ما هو أدهى وأمر من أمور مادية في أحد الزوجين يصعب التعبير عنها ويكفي القول أن الزوجين

---

(١) الطلاق لدى الارثوذكس اهاب اسماعيل ص ١١٩ .

اذا لم تعد الحياة متلائمة بحيث يمكن الاستمرار فيها لأمور قد تكون نفسية وقد تكـــون اجتماعية ، وقد تكون جسمية ، كل هذا يجعل أحد الزوجين يتضجر من حياته ويسعى للتهرب منها سواء أكان عن طريق شرعي أو آخر غير شرعي .

في هذه الحالة بالذات لا يجد الزوج أمامه الا قول الشارع : من زنا فقد وجـــب على زوجه أن يطلب التفريق . فقد يتردد قليلا ولكنه يقدم على الزنا غير مختار في سبيل حياة أفضل يرتكب جريمة واحدة لينقذ نفسه من حياة كلها جرائم . ان الحياة الزوجية اذا كان النفور والكراهية تملأ أركانها هي في رأي الشارع والقوانين جريمة ، لأن فيها اخلالا بالالتزامات الزوجية .

وقد يرد على ملاحظتنا هذه :

١) ليس كل فرد يقدم على الزنا لخطورة هذه الجريمة .
٢) أن القانون وراء الزاني حيث يعاقبه .
٣) لو ثبت الزنا فيبقى حق طلب الطلاق للطرف الآخر .
٤) لو طلب الطرف الآخر التطليق فللقاضي حق الاجابة او الرفض .

* * *

وجوابنا على ذلك :

١) بالنسبة للأمر الأول صحيح أنه ليس كل انسان يقدم على الزنا ولكن هذا في الوضع الطبيعي حيث يكون الانسان فيه غير مضطر ، أما الزوج أو الفرد الذي يعيش الجحيم في بيته مع من لا يحب فهذا لا خيار له اذا ما ارتكب جريمة الزنا لأنه يختار أهون الشرين : فإما حياة دائمة لا أمل في اصلاحها لان الحقد والكراهية تزيد القلب نفـــورا وبعدا ، وإما جريمة زنا مرة واحدة وبعدها حياة توبة واستغفار تملأها ندامة القلب وحسن المآب .

ان الشرائع جميعها تقول ان للضرورات أحكامها . ونحن بين أمرين بين حيـــاة تملؤها المعاصي لأن عدم تأدية الحقوق الزوجية وما للطرف الآخر من واجبات هي معصية. وخاصة والمسيحية تقول : لتخضع النساء لازواجهن كما للرب ، وبين ارتكاب جريمة

قد تكون صورية في موضوعها جريمة في شكلها فالعبرة لمرتكب هذه الجريمة انها وسيلة انقاذ لا تحقيق شهوة .

٢) ثم أي قانون هو الذي يخشاه أحد الزوجين اذا ما ارتكب جريمة الزنا ؟ .... ان القوانين المعاصرة تمتهن كرامة الانسان الى حد تجعل فيه جريمة الزنا أخف الجرائم عقوبة ، من السهل جداً على أي فرد أن يقدم على ذلك وهو مطمئن البال مستريح الضمير فالعقوبة يسيرة والأمر هين . وغدا تتفتح أمامه الحياة المليئة بالخير والسعادة والهناء .

٣) قد يقال أنه لو ارتكب أحد الزوجين جريمة الزنا ليتخلص من الزوجية فان هذا الأمر مقيد بطلب الزوج الاخر فاذا أراد أن يفوت عليه مقصوده فعل ولم يطلب الطلاق ؟

وللجواب على هذا من ناحيتين :

١ ـ أولاهما : لا أتصور أن زوجة ترى عشيقة داخل بيتها أو أن زوجاً يرى عشيقاً مع زوجته ويسكت رضاء بالأمر الواقع ان هذا نادر واذا وجد فلا قياس على الشاذين في هذه الحياة .

٢ ـ وثانيهما : لقد اثبتت بالنصوص الصريحة أن السكوت على جريمة الزنا لا يجوز لأحد الزوجين التغاضي عنها ، وقلت إن الواجب يقتضي طلب التفريق بل أن بعض النصوص تعتبر الزنا سبباً للفسخ . ومن سكت فقد طرد من الكنيسة .

٤) وأما بالنسبة للقاضي فهو أمر الزامي كما رجحنا وأثبتنا ذلك ولنا في الاجتهاد القضائي الفرنسي والعرف هناك لأكبر دليل على قولنا بأن هذه مادة التفريق للزنا تعتبر الزنا سبباً الزامياً للقاضي بحكم التفريق دون أن يكون له سلطة تقديرية .

وعلى هذا فلم يبق أمام أحد الزوجين الا أن يرتكب جريمة الزنا وتقام دعوى تسجل فيها هذه الجريمة بحكم قضائي وبموجب ذلك يعتبر هذا الحكم بمثابة قرينة قانونية يحكم بها القاضي حين ما تطلب الزوجة أو الزوج الطلاق .

* * *

المبحث الثالث

الطلاق للزنا في القوانين الاجنبية[1]

ذكر القانون الايطالي أسباب التفريق الجسماني ومنها الزنا :

ايطاليا م ١٥١ : زنا أحد الزوجين .

اليونان م ١٤٣٩ : يجوز لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق بسبب زنا الزوج الاخر أو زواجه مرة ثانية . ولا تقبل دعوى الزوج الذي حصل الزنا أو الزواج الثاني برضائه .

انكلترا م ١ : من قانون ١٩٥٠ حددت أسباب الطلاق ومنها الزنا ولا فرق بين زنا الرجل وزنا المرأة .

والطلاق للزنا أول ما طبق في انكلترا كان عام ١٨٥٧ حيث صدر أول قانون يبيح طلب الطلاق للزنا وهو السبب الوحيد لأنه ورد في انجيل متى حيث كان الشعور سائدا بعدم مخالفة تعاليم المسيحية ولكن انكلترا وهي تدين بالبروتستانت وهذا المذهب يجيز الطلاق للزنا .

---

(١) لا يوجد تشريع لا يقر الزنا كسبب للطلاق إلا الدول التي تحرم الطلاق ومنها إيطاليا : م ١٣٧ سويسرا : ولا فرق بين زنا الزوج او الزوجة فكلاهما في درجة واحدة من الخطورة من حيث أثره في انهاء الزواج . ومع ذلك فن الناحية الجنائية توجد هذه التفرقة في اليونان وفرنسا فقرة ١٠٨٦ .

يوغوسلافيا م ٥٧ : يحق لاحد الزوجين طلب الطلاق بسبب زنا الزوج الآخر .

بلجيكا م ٢٢٩ : زنا الزوجة ٢٣٠ وزنا الزوج في منزل الزوجية .

تركيا م ١٢٩ : يجوز لكل من الزوجين ان يرفع طلباً بالطلاق بسبب الزنا ولا تسمع الدعوى اذا صفح احدهما عن الآخر .

المانيا م ٤٢ : من قانون سنة ١٩٤٦ ف ٢ نص القانون الالماني على حق أحد الزوجين بطلب الطلاق اذا ما ارتكب شريكه جريمة الزنا وقد ذكرت المادة ٤٢ بأن الزوج لا يستطيع أن يطلب الطلاق بسبب زنا زوجته اذا وافق عليه أو سهل ارتكابه أو جعله ممكناً بسلوكه المقصود .

التطليق للزنا في القانون الفرنسي :

ان الزنا يعد اخلالا بواجب الاخلاص الزوجي الذي يلتزم به الزوجان بمجرد عقد الزواج فاذا ارتكب أحدهما جريمة الزنا كان للطرف الاخر الحق في طلب التطليق من القاضي .

والزنا من الأسباب الملزمة للقاضي بالتفريق فليس له حق التقدير في تأثير ذلك على الزواج بل كل ما يفعله القاضي أن يتأكد من وقوع الزنا أو عدم وقوعه .

على أن جريمة الزنا ولو تمت لا تعتبر سبباً للطلاق اذا كان ذلك بموافقة الزوج الاخر ، لان مناط التفريق هو الاخلال بالارتباط الزوجي لا لمخالفة القانون فلو تم زنا أحد الزوجين بمعرفة الاخر أو بتحريضه لا يكون سبباً للتفريق .

وقد نص على ذلك في القانون الفرنسي في مادتين ٢٢٩ و ٢٣٠ .

م ٢٢٩ : يجوز للزوج أن يطلب الطلاق لسبب زنا زوجته .

م ٢٣٠ : يجوز للزوجة أن تطلب الطلاق لسبب زنا زوجها .

* * *

الاجتهاد القضائي

« الزنا سبب قاطع للطلاق فليس للقاضي في هذا الشأن أية سلطة تقديرية ولا يجوز له على الاخص أن يقيم وزنا لدعوى عدم وجود قصد جنائي ولا لحسن النية او الخطأ القانوني من الزوج المدعى عليه[1] .

وان زنا الزوج كزنا الزوجة كلاهما سبب قاطع للطلاق ومن ثم ليس للقاضي أية سلطة تقديرية في هذا الشأن بل عليه أن يحكم بالطلاق بمجرد ثبوت الزنا [2] :

أما زنا الزوج في حالة اختلال قواه العقلية فلا يكون سبباً للطلاق أو الفرقة [3] :

وقد توسع القضاء أكثر من ذلك فاعتبر الشروع في الزنا أو قيام صداقة بين الزوج وشخص آخر (من جنس مختلف) من أسباب الطلاق لأنها تعد اخلالا بالتزام الاخلاص الزوجي[4] .

* * *

(١) دالوز ١٩٣٧ - ١ - ١٥ .
(٢) مرجع القضاء ص ١٤١ .
(٣) محكمة كان ٣١ ديسمبر ١٨٨٩ .
(٤) الاحوال الشخصية لغير المسلمين ص ٢٩٠ للدكتور الشرقاوي .

مقارنة بين الشريعة الاسلامية وبقية الشرائع والقوانين

قلنا ان نظام اللعان في الإسلام شرعه الله للزوج الذي يتهم زوجته ويعجز عن اثبات جريمة الزنا فيحلف أربعة ايمان على ذلك وترد الزوجة التهمة بأيمان مثلها .

إن في هذا النظام لمحات من العناية الإلهية لهذه الأسرة المنكوبة بهذه التهمة لترفع عنها نظرة المجتمع القاسية وسخط الأجيال المقبلة .

كان من السهل جداً أن تعتبر ايمان الزوج بمثابة شهادة على ارتكاب الزوجة ما اتهمها به وتعاقب كزانية ولكن للإسلام حكمة تشريعية خالدة في هذا النظام يريد أن يحفظ لهذه الأسرة وما فيها من أولاد السمعة الطيبة .

فالإسلام حريص على بناء الأسرة لأنها النواة الأولى في بناء المجتمع فشرع هذا النظام ليتخلص الزوج من زوجته ومن الأعباء المالية فأعطى للزوجة حق الدفاع فلا يستطيع شخص أن يتهمها بالزنا لأنها رفعت الشبهة عن نفسها بايمانها حينما نفت هذه التهمة وعلى أقل تقدير فان جريمة الزنا لم تثبت ولو قضاء وأمام الناس .

أما في الشرائع الأخرى فلا تفريق إلا بعد ثبوت جريمة الزنا ثبوتاً كاملا لا ريب فيه، بعد أن يصدر حكم أمام المحكمة تدين به الزاني وتثبت الوقائع المادية أن أحد الزوجين ارتكب الزنا فيفرق القاضي بينهما .

إنه العار الذي حاول الإسلام تخفيف وطأته بل رفع اثمه عن الزوجين بقدر المستطاع حفظاً للأسرة وللأولاد في المستقبل .

وأخيراً أسوقها كلمة صريحة لمن يحارب نظام الطلاق في الإسلام رعاية للأولاد وخشية أن تملأ الشوارع من المشردين كأن الطلاق مدرسة للمشردين يتخرج منها ألوف الأطفال في كل يوم . كلمة صريحة لهؤلاء ان خيراً للمجتمع وللأسرة وللأولاد أن يفتح باب الطلاق كما جاء في الإسلام ، ويقال للأولاد أولاد المطلقين ، من أن يغلق باب الطلاق وتفتح أبواب الزنا ، ويقال للأولاد أولاد الزناة ...

الفصل الثاني

الظهار في الشريعة الاسلامية

تمهيد :

كان الظهار قبل الاسلام فرقة من فرق الزواج لدى العرب بل كان أقسى أنواع الفرق وأشدها ضرراً بالمرأة فكان الرجل اذا كره امرأته ولم يرد ان تتزوج بغيره ظاهر منها فتصبح لا ذات زوج ولا خليه تنكح غيره[1] .

فلما جاء الاسلام تمشياً مع مبادئه العامة في رفع الظلم عن الناس وتوخياً لمصلحة المرأة ودفع الضرر عنها أبقى أصل الظهار ، ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مذيل للنكاح .

جاء في البدائع[2]

(كان الظهار طلاق القوم في الجاهلية فنقله الشرع من تحريم المحل الى تحريم الفعل ، فكانت حرمة الفعل في المظاهر منها مع بقاء النكاح ، كحرمة الفعل في المطلقة بعد زوال النكاح .)

---

(١) نهاية المحتاج ٦/١٦٥ ، الخرشي ٣/٣٤١ .
(٢) البدائع ٣/٢٣٤ .

المبحث الاول

تعريف الظهار ومصدره وصفته الشرعية

تعريف الظهار :

لغة : الظهار لغة هو مصدر ظاهر يقال : ظاهر زيد عمرا اذا قابل ظهره بظهـــره حقيقة .

وشرعاً : هو أن يقول الزوج لزوجته أنت علي كظهر أمي [١] .

قال صاحب الفتح [٢] : الظهار : هو تشبيه الزوجة أو جزءاً منها سائغ أو معبر به عن الكل بما لا يحل النظر اليه من المحرمة على التأبيد ولو برضاع أو صهريه .

وقال في الانصاف [٣] : الظهار : هو أن يشبه امرأته او عضوا منها بظهر من تحرم عليه من التأبيد أو بعضو منها من نسب أو رضاع .

وعرفة ابن عرفه[٤] : الظهار : تشبيه زوج زوجته حل وطؤه اياها بمحر م منه أو بظهر اجنبية في تمتعه بهما .

وقال صاحب التاج المذهب[٥] : لفظ مخصوص يوجب تحريم الاستمتاع والنظـــر بشهوة ، ويرتفع بالكفارة وما في حكمها .

وعرفه في شرح النيل[٦] .

---

(١) مختصر المزني ١٢٠/٤ .
(٢) الفتح القدير ٢٢٥/٣ .
(٣) الانصاف ١٣٩/٩ .
(٤) شرح الخرشي ٢٤٢/٣ .
(٥) التاج المذهب ٢٤٣/٢ .
(٦) النيل ٣٩٤/٣ .

الظهار : هو تشبيه المسلم المكلف من تحل له أو جزءها بظهر محرم أو جزء آخر وان بصهر أو رضاع .

وقال النسفي في الكنز [1] : الظهار : هو تشبيه المنكوحة بمحرمة عليه على التأبيد :

وعرفة فضيلة الشيخ أحمد إبراهيم رحمه الله : الظهار تشبيه الرجل زوجته بامرأة محرمة عليه تحريماً مؤبداً بنسب أو رضاع أو مصاهرة [2] .

مصدر الظهار — القرآن والسنة :

قال الله تعالى في سورة المجادلة [3] :

الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم ، ان أمهاتهم الا للائي ولدنهم وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا ، وأن الله لغفور رحيم . والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ذلك ليؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم [4] .

وعن ابن عباس [5] : ان رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله اني

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٣/٢ .

(٢) الاحوال الشخصية أحمد إبراهيم ص ٣٤١ .

(٣) سورة المجادلة من ١ — ٣ .

(٤) سبب النزول : روى المفسرون ان أول ظهار في الإسلام كان ظهار أوس بن الصامت من امرأته خولة بنت تعلبة ، فجاءت النبي صلى الله عليه وسلم تشكو زوجها فقالت : إنه أكل شبابي وفرشت له بطني فلما كبر سني ظاهر مني ولي صبية صغار إن ضممتهم اليه ضاعوا وإن ضممتهم إلي جاعوا وكان عليه السلام يقول لها : اتقي الله فإنه ابن عمك ؛ فما برحت حتى نزل قوله تعالى: قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله والله يسمع تحاوركما ، إلى آخر سورة المجادلة .

راجع تفسير القاسمي ٥١٠٩/١٦ فتح الباري ١٣/٩٨ النيل ٣٩٤/٣ المذاهب الخمسة ص ١٩٥ الخرشي ٢٤١/٣ بداية المجتهد ٦٣/٢ الزيلعي ٣/٣ .

(٥) المحلى ٥٥/١٠ وقال ابن حزم : فوجب الوقوف على أمره .

ظاهرت من امرأتي فوقعت عليها قبل أن أكفر . فقال رسول الله : « لا تقربها حتى تفعل ما أمر الله عز وجل » .

* * *

حكم الظهار او صفته الشرعية :

حرم الاسلام الظهار لأنه منكر من القول ولان فيه اضراراً بالمرأة المظاهر منها حيث تصبح لا هي زوجة ولا هي مطلقة ولا ضرر ولا ضرار في الاسلام .

قال في نهاية المحتاج[١] : .. وهو حرام بل كبيرة لان فيه اقداماً على احالة حكم الله وتبديله . ولذا سماه الله تعالى منكرا من القول وزورا في أول سورة المجادلة .

وقال السبكي : أنه من الكبائر .

وقال السيوطي في الاكليل[٢] : في هذه الآية حكم الظهار وأنه على الكبائر .

وقال في النيل[٣] : حكم الظهار أنه كبيرة من الكبائر لان الله تعالى و صف مطلق الظهار بأنه منكر وزور .

* * *

---

(١) نهاية المحتاج ٦/١٦٥ .

(٢) نقل هذا الكلام العلامة القاسمي في تفسيره ١٦/٥٧٠٩ .

(٣) النيل ٣/٣٩٤ .

المبحث الثاني

اركان الظهار

لا بد في كل ظهار من أربعة أركان : ١ — مظاهر
٢ — مظاهر منها
٣ — صيغة
٤ — مشبه به .

١ — مظاهر :

ويصح الظهار من كل زوج مكلف يصح طلاقه . واختلفوا في فاقد القصد اختلافهم في طلاقه .

فلا يصح ظهار الصبي والمجنون والمغمى عليه والمكره عند الشافعية[١] : والزيدية[٢] والاباضية[٣] والجعفرية[٤] والاحناف[٥] وعند الحنابلة يصح ظهار الصبي على الاصح[٦] .

---

(١) مغني المحتاج ٣/٣٥٢ .
(٢) التاج المذهب ٢/٢٤٣ وقالوا : لا يصح من المكره ما لم ينوه .
(٣) شرح النيل ٣/٣٩٤ .
(٤) المختصر النافع ٢٢٩ وقال في الروضة البهية ٢/١٧٢ ولا يقع إلا بالبلوغ والعقل وجاء في من لا يحضره الفقيه ٣٤٤ : ولا ظهار في غضب ومثل ذلك جاء في الاستبصار ٣/٢٥٨ الكافي ٢/١٢٧ .
(٥) البدائع ٣/٢٣٠ وجاء فيه لصحة الظهار : الا يكون معتوهاً ولا مدهوشاً ولا مغمى عليه . البدائع ٣/٣١ .
(٦) المغني ٨/٥٥٤ الشرح الكبير ٨/٥٦٥ الانصاف ٩/١٩٧ وقال : ويصح ظهار الصبي حيث صححنا طلاقه . قال في عيون المسائل : سوى الامام أحمد بينه وبين الطلاق وقال في القواعد الاصولية : اكثر الاصحاب على صحة ظهاره .

وأما العاجز عن الوطء : فعند المالكية قولان :

قال ابن القاسم يصح ظهاره وهو مذهب الشافعي والجعفرية والزيدية .

وقال اصبغ وسحنون : لا يصح ظهاره .

وأما ظهار السكران : فالذين أجازوا طلاقه أجازوا ظهاره .

فلا يصح ظهاره عند الزيدية ولا عند المزنى من الشافعية خلافاً للامام الشافعي فانه أجاز ظهاره[1] .

* * *

---

(١) مختصر المزني ٤/١١٦ .

هل يصح ظهار المرأة

اذا قالت المرأة لزوجها انت علي كظهر أمي هل يعتبر هذا ظهاراً ؟

قال ابو يوسف : يصح ظهارها ويجب عليه كفارة الظهار .

وقال محمد : لا يصح من المرأة ظهار الرجل .

وقال الحسن بن زياد : لما بلغه قول الامامين : هما شيخا الفقه اخطآ عليهما كفارة اليمين اذا وطئها زوجها[1] . فعلى مذهب الحسن يلزمها كفارة يمين فكأنها قالت لزوجها : والله لا جامعتني .

والاصل في الخلاف :

اختلافهم في حقيقة الظهار هل هو كالطلاق أو كاليمين فمن جعله كالطلاق قال لا يصح ولا يلزم به شيء . وبه قال مالك والشافعي .

ومن جعله كاليمين أوجب عليها كفارة الظهار ومنهم من أوجب عليها كفارة يمين .

والخلاصة في ظهار المرأة ثلاثة آراء :

١) أشهرها أنه لا يكون منها ظهار مالك والشافعي والزيدية والحنابلة[2]

٢) على الزوجة كفارة يمين . رأي الحسن .

٣) يصح الظهار وعليها كفارة ظهار رأي ابني يوسف والاباضية[3] : على الاشهر .

---

(١) البدائع .

(٢) بداية المجتهد ١٦/٢ التاج المذهب ٢٤٢/٢ الانصاف ٢٠٠/٩ وان قالت المرأة لزوجها أنت علي كظهر أبي ، لم تكن مظاهرة وعليها بعده كفارة ظهار ، وعليها التمكين قبل التكفير .

(٣) جاء في النيل ٣٩٩/٣ في باب الظهار : وظهار المرأة ان تشبه زوجها بمن لا يحل لها من الرجال ... كأن تقول أنت كأبي او كالمشركين والحاصل : انها كالرجل فيمن يمكن خلافاً ووفاقاً وجاء في ص ٤٠١/٣ : او قالت هو كأمها او بنتها او غيرها من النساء التي لا يحللن لها لو كن رجالا او من النساء اللاتي يحللن لو كن رجالا فهو ظهار . وقيل يمين .

وجاء في المحلى[1] : وعن الزهري في امرأة قالت لزوجها : هو عليها كأبيها فقال الزهري : قالت منكرا من القول وزوراً فنرى أن تكفر بعتق رقبة أو بصوم شهرين متتابعين أو تطعم ستين مسكيناً ولا يحول بينها وبين زوجها ان يطأها . وهو قول الاوزاعي وحسن البصري والحسن بن زياد اللؤلوي .

* * *

٢ ـ مظاهر منها :

ويقع الظهار على كل زوجة يصح طلاقها[2] وبذلك يصح الظهار من الصغيرة والمريضة والرتقاء والذمية ، قبل الدخول أو بعده .

وأما المطلقة رجعياً فالذي أجاز الطلاق في العدة قال يصح ظهار الرجل من امرأته المطلقة رجعياً ما دامت في العدة . وأما الذين قالوا إن الطلاق لا يتبع الطلاق فقالوا لا يصح الظهار على المرأة المطلقة رجعياً[3] .

وقد اشترط الجعفرية أن تكون طاهراً من الحيض فقالوا :

يشترط كونها طاهراً من الحيض والنفاس وغير حامل وأن لا يكون قد قربها في ذلك الطهر[4] .

وجاء في كتب الحديث الصحاح عند الجعفرية[5] :

عن أبي جعفر عليه السلام : لا يكون ظهار الا على طهر بغير جماع بشهادة شاهدين مسلمين .

---

(١) المحلى ٥٤/١٠ .

(٢) مغني المحتاج ٣٥٢/٣ المحلى ٥٥/١٠ الخرشي ٢٤٢/٣ الروض النضير ١٨١/٤ .

(٣) التاج المذهب ٢٤٣/٢ قال ولا يصح مظاهرة المطلقة رجعياً والمفسوخة ، ومن قال ان الطلاق يتبع الطلاق صحح ظهار المعتدة من الرجعي .

أقول الجمهور من الزيدية على ان الطلاق لا يتبع الطلاق .

(٤) الروضة البهية ١٧١/٢ المختصر النافع ٢٢٩ ، المذاهب الخمسة ١٩٥ .

(٥) الكافي ١٢٧/٢ الاستبصار ٣٥٨/٣ . من لا يحضره الفقيه ٣٤٥ .

٣ — صيغة الظهار :

الظهار أما أن يكون بلفظ صريح أو بلفظ كناية ..

وعلى هذا فالظهار : صريح وكناية .

فالصريح كأن يقول الرجل لزوجته أنت عليّ كظهر أمي .

والكناية : اذا قال لها أنت علي كأمي .

والفرق بين الصريح والكناية في الحكم أن الكناية لا يقع الا بالنية ويصدق لدى القضاء أنه ما أراد بهذا اللفظ معنى الظهار من حيث التحريم بل أراد مثلاً بقوله أنت علي كأمي بالكرامة أو الشفقة أو المحبة .

ولا خلاف بين الفقهاء[1] : في لفظ الصريح وأنه يلزم حكمه ولو لم ينو شيئاً لان الصريح لا يحتاج الى نيه ، انما اختلفوا في ألفاظ الكناية فبعضهم يعتبر لفظاً ما أنه كناية وبعضهم يعده صريحاً .

قال الاحناف في مجمع الانهر[2] : اللفظ الصريح : أنت علي كظهر أمي أي لا يحتمل غير الظهار سواء نواه ام نوى طلاقاً أو ايلاء او لم ينو فلا يكون الظهار لأنه صريح .

أما لو قال لها أنت علي مثل أمي : فان نوى الكرامة صدق وان نوى الظهار فظهار أو نوى الطلاق فطلاق .

وقال الشافعية في مغنى المحتاج[3] :

صريحة : ان يقول لزوجته انت علي او مني أو معي او عندي كظهر امي ، أو انت كظهر امي .

---

(١) قال ابن حزم ٤٩/١٠ : ومن قال لامرأته أنت علي كظهر أمي او قال لها : انت مني بظهر امي او مثل ظهر امي فلا شيء عليه ، ولا يحرم بذلك وطؤها عليه حتى يكرر القول بذلك مرة أخرى فاذا قالها مرة ثانية وجبت عليه كفارة الظهار .

(٢) مجمع الأنهر ٤٥٦/١ والدر المختار ٥٩٢/٢ .

(٣) مغني المحتاج ٣٥٣/٣ .

وكناية : كما لو قال لها : أنت كأمي : فان قصد الظهار كان ظهاراً والا فلا كما لو قصد كرامة .

وقال الحنابلة ان قال : انت علي كأمي او مثل أمي كان مظاهراً على الصحيح من المذهب .

وعن احمد ليس بظهار .

وقال صاحب الانصاف[1] : والذي يصح عندي في قياس المذهب : ان وجدت نية أو قرينة تدل على الظهار فهو ظهار والا فلا .

أما ان قال : اردت كأمي في الكرامة أو نحوه جاز لك ديانة وأما قضاء فروايتان .

وقال الزيدية[2] : صريحة : قول زوج مكلف ظاهرتك أو انت مظاهرة .

وكناية : أنت علي كأمي .

وقال المالكية[3] : اذ قال لها انت علي كظهر أمي وأراد به الطلاق وجاء مستفتياً فانه لا ينصرف اليه ويلزمه الطهار .

أما الكناية فانه اذا نوى بها الطلاق لزمه الطلاق في الفتيا والقضاء .

وقال الاباضية[4] : وان قال هي كأمه أو مثلها وقال : اردت محبة او براً وشفقة وكل الى دينه وان لم يقل أرادت كذا حكم عليه بالظهار الا أن ظهرت قرينه تدل على أنه أراد غير الظهار .

الاشهاد :

اشترط الجعفرية الاشهاد في الظهار والا كان لاغياً .

---

(١) الانصاف راجع فتاوي ابن تيمية ١٣٥/٤ .
(٢) التاج المذهب ٢٤٣/٢ .
(٣) شرح الخرشي ٢٤٥/٤ .
(٤) شرح النيل ٣٩٥/٣ .

جاء في الروضة البهية[1] : ولا بد من حضور شاهدين يسمعان الصيغة ، كالطلاق ، فلو ظاهر ولم يسمعه الشاهدان وقع لاغياً .

وجاء في الاستبصار[2] في حديث لابي جعفر ووجدته أيضاً في الكافي[3] وفي من لا يحضره الفقيه[4] من حديث طويل : لاظهار الا بشهادة شاهدين مسلمين .

* * *

٤ ــ المشبه به

المشبه به هو ظهر الا م . فلا خلاف بين الفقهاء في أن من أشبه امرأته بظهر أمه كان مظاهراً . ولكن الخلاف فيما لو شبهها بغير ذلك سواء بعضو من أمه غير ظهرها أو شبهها بغير أمه .

قال الظاهرية لا يكون ظهاراً الا بلفظ الظهر والام .

وقال الجمهور : يكون الظهار بكل عضو يحرم النظر اليه .

وقال ابن حزم[5] : ولا يجب الظهار الا بظهر الام لا بغيره من الاعضاء .

ولا يجب الظهار من غير الام لا من أب ولا من أخت ، لقوله تعالى :

الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن امهاتهم ...

وقوله والذين يظاهرون من نسائهم ..

قال الشافعية في مغنى المحتاج [6] والمذهب : اطراد التشبيه في كل محرم من نسب أو رضاع أو مصاهرة لمساواتهن الام في التحريم المؤبد .

---

(١) الروضة البهية ١٧٢/٢ .
(٢) الاستبصار ٢٥٨/٣ .
(٣) الكافي ١٢٧/٣ .
(٤) من لا يحضره الفقيه ص ٣٤٥ .
(٥) المحلى ٤٩/١٠ .
(٦) مغني المحتاج ٣٥٠/٣ .

واليه ذهب الحنابلة على الصحيح من المذهب[1] والجعفرية على الاشهر[2] والاحناف[3] والاباضية[4] : والمالكية[5] : والزيدية[6] .

والقول الثاني عند الشافعية المنع لو ورد النص في الام فقط .

ويشترط في المشبه به حرمة التأييد فلو شبه زوجته باختها فلا ظهار لانها لا تشبه الام ، في التحريم المؤبد فان حرمة أخت الزوجة مؤقتة وتزول بزوال زوجته اختها فاذا ما طلق اختها فله أن يتزوجها .

قال بهذا الشافعية والاحناف[7] والجعفرية[8] والاباضية[9] :

وخالف مالك : قال في بداية المجتهد : واما لو شبه زوجته بأجنبية لا تحرم عليه على التأبيد فانه ظهار عند مالك . وقام ابن الماجشون : لاظهار .

* * *

---

(١) الانصاف ١٩٣/٩ لو قال لزوجته انت علي كظهر ابي فعلى روايتين : احدهما : هو ظهار وهو المذهب جزم به في الوجيز وقدمه في المحرر . والثانية : ليس بظهار : اختاره ابن حامد وابو الخطاب والشيرازي والانصاف ١٩٥/٩ .

(٢) الروضة البهية ١٦٩/٢ وقال : على ان يكون بلفظ الظهر لا غيره .

(٣) مجمع الانهر ٤٥٤/١ والزيلعي ٢/٣ .

(٤) النيل ٣٩٤/٣ .

(٥) بداية المجتهد ٦٣/٢ .

(٦) الروض النضير .

(٧) قال في البدائع ٢٣٣/٣ .

(٨) المختصر النافع ص ٢٢٩ .

(٩) قال في النيل ٣٩٤/٣ : لو قال لزوجته انت علي كظهر المشركات يريد الحقيقة والاستغراق فهو ظهار لأن حقيقة المشركة لا تحل ابداً . اما ان اراد مشركة بعينها فلا ظهار لانها قد تؤمن فتحل له .

المبحث الثالث

آثار الظهار ـ حرمة الاستمتاع حتى التكفير

١) حرمة الاستمتاع

متى ظاهر الرجل من امرأته حرم عليه وطؤها حتى يكفر كما جاء في القرآن[١] .

والحكمة في تلك الكفارة كما يقول استاذنا الجليل فضيلة الشيخ محمد ابو زهرة[٢] :

هو منع العبث بالعلاقة الزوجية ، ومنع ظلم المرأة ، فان الذين يصنعون ذلك يقصدون به الكيد لها .

هل يحرم ما عدا الوطء على المظاهر :

الجمهور[٣] : على أنه يحرم على الزوج اذا ظاهر من زوجته الوطء ومقدماته من تقبيل ولمس ونظر بشهوة حتى يكفر .

---

(١) قال الحنابلة : اذا مضى الوقت زال الظهار وحلت المرأة بلا كفارة – المغني ٨/٥١٩ الانصاف ٩/١٩٥ اقول : وهذا لا خلاف فيه .

(٢) الأحوال الشخصية قسم الزواج ص ٣٤٠

(٣) شرح الخرشي ٣/٢٤٨ ، البدائع ٣/٢٣٥ وجاء في التاج المذهب ٢/٢٤٨ ويحرم بالظهار الوطء ومقدماته من تقبيل ولمس ونظر بشهوة منه اليها لا منها اليه فلا يحرم عليها حتى يكفر او ينقضي وقت المؤقت فان كان الظهار مطلقاً حتى يكفر وان كان مؤقتاً حتى ينقضي الوقت وجاء في المحلى ١٠/٩ : ولا يحل له ان يطأها ولا أن يمسها بشيء من بدنه فضلا عن الوطء إلا حتى يكفر .

ولم يخالف في مقدمات الوطء الا رواية عن احمد[١] ورواية عن الجعفرية[٢] .

وقد نقل ابن رشد في بداية المجتهد[٣] ، قال الشافعي : انما يحرم الظهار الوطء فقط . وأورد له حججاً لا علم له بها ولكني وجدت ان مذهب الشافعي كالجمهور في تحريم الوطء ومقدماته .

جاء في مغنى المحتاج[٤] : وكذا يحرم عليه المس ونحوها كالقبلة بشهوة لان ذلك قد يدعو الى الوطء أو يقضي عليه .

* * *

دور الزوجة في الظهار

شكوى الزوجة في الظهار :

بما ان الظهار يحرم على الرجل أن يطأ امرأته فيجب على الزوجة أن تمكنه من نفسها قبل أن يكفر والا كانت تشاركه في معصية الله .

فاذا امتنع الزوج المظاهر عن التكفير وضجرت الزوجة بذلك فلها ان ترفع الأمر للقاضي والقاضي يطالبه بالتكفير والعودة الى زوجته او يأمره بالطلاق رفعاً للظلم .

قال الاحناف في مجمع الانهر[٥] : وينبغي لها ان تمنع نفسها منه الى أن يكفر وتطالبه بالكفارة . وسيجبره القاضي عليها بالحبس ثم بالضرب ان أبى دفعاً للضرر عنها .

---

(١) ذكر في المغني روايتان عن أحمد ٥٦٧/٨ الرواية الاولى اختارها ابو بكر والثانية : قال أحمد أرجو ألا يكون به بأس . الإنصاف ٢٠٤/٩ .

(٢) في الروضة البهية ١٧٢/٢ : أن غير الوطء من ضروب الاستمتاع لا يحرم عليه وهو أحد القولين.

(٣) بداية المجتهد ٦٥/٢ .

(٤) مغنى المحتاج ٣٥٧/٣ .

(٥) مجمع الأنهر ٤٥٤/١ والبدائع ٢٣٤/٣ وقال في تنوير الابصار ٥٩٢/٢ وعليها ان تمنعه من الاستمتاع حتى يكفر وعلى القاضي الزامه به .

وقال الخرشي[1] : وعلى الزوجة منعه لأنه إعانة على معصية فان خشيت منه على نفسها رفعت أمرها للحاكم فيمنعه من وطئها ويؤدبه ان أراد ذلك .

وقال الجعفرية في الروضة البهية[2] : ولو ماطل بالعود او التكفير رافعته الى الحاكم فينظره ثلاثة أشهر من حين المرافعة حتى يكفر ويفيء أي يرجع عن الظهار مقدماً للرجعة على الكفارة ، أو يطلق ويجبره على ذلك بعد المدة .

فان لم يختر أحدهما ضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يختار أحدهما ولا يجبره على أحدهما عيناً ، ولا يطلق عنه كما لا يعترضه لو صبرت .

وقال الزيدية في التاج المذهب[3] : واذا وقع الظهار على الزوجة كان لها طلب رفع التحريم عند الحاكم. فيحبس الزوج ان امتنع عن التكفير ان لم يطلب فان طلقها فلا حبس ولا كفارة .

هل يجوز الوطء قبل التكفير

الوطء قبل التكفير : قلنا أنه لا يجوز للمظاهر أن يطأ زوجته حتى يكفر ، ولكن لو خالف ذلك ووطأ زوجته فما هو الحكم في هذه الحالة ؟ .

قالوا : اذا وطأ قبل التكفير اثم فلا تسقط عنه الكفارة ويجب عليه أن يمتنع حتى يكفر . قال الحنابلة[4] : اذا وطيء قبل التكفير اثم واستقرت عليه الكفارة .

وقال الجعفرية[5] : ولو وطيء قبل التكفير عامداً فكفارتان ، احداهما للـوطء ، واخرى للظهار وهي الواجبة بالعزم . فان وطىء المظاهرة قبل العود والتكفير ... كف عن ذلك واثم ولزمه الاستغفار .

---

(١) الخرشي ٢٤٨/٣ .
(٢) الروضة البهية ١٧٤/٢ راجع المختصر النافع ص ٢٢٩ .
(٣) التاج المذهب ٢٤٨/٢ .
(٤) المغني ٥٧٢/٨ الانصاف ٢٠/٩ .
(٥) الروضة البهية ١٧٢/٢ .

وقال الزيدية[1]: ولا يجوز له الاستمرار على الوطء حتى يكفر بعد العودة ولا تلزمه الكفارة لهذا الوطء ولا يكون عوداً .

وقال الاحناف [2] : فلو وطأ المظاهر قبل التكفير فليس عليه غير الاستغفار للوطء الحرام والكفارة الاولى الواجبة بالظهار . ولا يعود لوطئها ثانية حتى يكفر .

وقال سعيد بن جبير تجب عليه كفارتان .

وقال ابراهيم النخعي ثلاث كفارات [3] .

متى يكون التكفير : قال الفقهاء لا تجب الكفارة دون العود لقوله تعالى : « والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة » وهو نص في معنى الوجوب .

ولكنهم اختلفوا في المراد بالعود هل هو الامساك أم العزم على الوطء أم هو الوطء نفسه ؟..

قال الجمهور ان العود : هو العزم على الوطء .

قال بذلك الاحناف والجعفرية[4] والزيدية[5] والرواية الصحيحة عند مالك [6] ،

وقال أحمد[7] : العود هو نفس الوطء وقد أنكر على مالك فيما ذهب اليه مع الجمهور أن العود هو العزم على الوطء .

---

(١) التاج المذهب ٢٤٨/٢ .

(٢) مجمع الأنهر ٤٥٤/١ .

(٣) الزيلعي٣/٣ وحجة من قال لا تلزمه الا كفارة واحدة ما روى عن مسلم بن حمزة حين واقع امرأته قبل ان يكفر فقال له النبي عليه السلام : استغفر ربك ولا تعد حتى تكفر رواه ابو داود وابن ماجه والنسائي والترمذي .

(٤) الروضة البهية ١٧٢/٢ . وجاء في كتب الحديث لدى الجعفرية في حديث طويل: الذي يكفر قبل ان يواقع هو الذي يقول أنت علي كظهر أمي . الحديث في التهذيب ٢٥٣/٢ وايضاً في الاستبصار ٦٠/٣ .

(٥) التاج المذهب ٢٤٩/٢ .

(٦) بداية ٦٨/٢ .

(٧) المغني ٥٧١/٨ .

ومن الغريب ان نجد ابن رشد ينقل رأي احمد خلاف ما ذهب اليه فيقول ان مذهب احمد تفسير العود : بالعزم على الوطء .

وقال الشافعي : العود هو الامساك نفسه ، قال ومن مضى له زمان يمكنه ان يطلق فيه ولم يطلق ثبت على انه لايريد الطلاق وانه عائد ولهذا تلزمه الكفارة فان اقامته دون تطليق دليل على ارادته الامساك والعودة .

وقال الظاهرية : العود هو ان يكرر لفظ الظهار ثانية ومتى لم يفعل ذلك فليس بعائد ولا كفارة عليه .

الكفارة :

كفارة الظهار كما جاءت في القرآن الكريم في آية الظهار :« والذين يظاهرون » هي على الترتيب الاعتاق ، ثم الصيام ، ثم الاطعام .

والاعتاق ، إعتاق رقبة . فمن لم يجد فصيـــام شهرين متتابعين فمن لم يستطع الصيام فليطعم ستين مسكيناً [1] .

---

(١) البدائع ٣/٢٣٥ التاج المذهب ٢/٢٤٨ الوجيز للغزالي ٢/٨١ ابن عابدين ٢/٥٩٤ بداية المجتهد٢/٦٨

الفصل الثالث

الايلاء في الشريعة الاسلامية

تمهيد :

كان الإيلاء في الجاهلية طلاقاً ، فجاء الاسلام فجعله يميناً ، فالرجل اذا حلفِ على ان لا يطأ زوجته ، كان فيه من الظلم والضرر للزوجة مما لا يحتمل لان الحياة الزوجية تقوم على التعاطف والتحابب ، ولايكون هذا في حال هجر الزوج زوجته ، ولهذا فقد وضع الشارع احكاماً تنصف المرأة المظلومة من هذا التعسف فأوجب على الزوج ان يعود الى زوجته بعد ان يكفر عن يمينه .

وقد اختلفت المذاهب في الإيلاء هل تقع به الفرقة بمجرد مضي اربعة اشهر على اليمين ، ام لابد من الطلاق وما هي المدة التي حددها الشارع حتى يعتبر اليمين إيلاء ؟

وسنعرض في بحثنا هذا لتعريف الإيلاء حسب ما جاء في مختلف الآراء ، ثم اركان الإيلاء ، وما يستلزم لتوافرها ، ثم نذكر آثاره على عقد الزواج .

المبحث الاول

تعريف الايلاء ومصدره وصفته الشرعية

الايلاء لغة : الحلف .

وشرعا : الحلف على عدم قربان الزوج زوجته .

جاء في المنهاج [١] : الايلاء : هو حلف زوج يصح طلاقه ليمتنعن (عن زوجته) مطلقاً او فوق اربعة اشهر .

وفي تبيين الحقائق[٢] اليمين على ترك وطء المنكوحة اربعة اشهر او اكثر .

وفي المغني [٣] الحلف على ترك وطء المرأة .

وفي شرح الخرشي [٤] : حلف زوج على ترك وطء زوجته يوجب خيارها في طلاقه .

وفي اللمعة الدمشقية [٥] : الحلف على ترك وطء الزوجة الدائمة ابدا او مطلقا او زيادة على اربعة اشهر للاضرار بها .

وجاء في شرح النيل [٦] الايلاء : الكلام المانع من وطء الزوجة .

---

(١) مغني المحتاج ٣/٣٤٣ .
(٢) تبيين الحقائق ٢/٢٦١ .
(٣) المغنى ٨/٥٠٦ .
(٤) شرح الخرشي ٣/٢٢٩ .
(٥) اللمعة الدمشقية ٢/١٧٥ .
(٦) شرح النيل ٣/٤٤٢ .

وفي المجموع للامام زيد [1] : الايلاء القسم وهو الحلف فاذا حلف الرجل ان لا يقرب امرأته اربعة اشهر او اكثر من ذلك فهو مؤل وان كان دون الاربعة فليس بمؤل .

وفي المحلى [2] : الايلاء : ان يحلف ان لا يطأ امرأته وان لا يجمعه واياها فراش او بيت .

مصدر تشريعه :

الاصل في الايلاء قوله تعالى : للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر ، فان فاءوا فان الله غفور رحيم ، وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم .

بينت الآية الكريمة حكم الايلاء ونسخت ما كان عليه العرب في الجاهلية من انهم كانوا يطلقون بالايلاء فجعلت مدة اربعة اشهر لمن يولي من امرأته اقصى ما يمكن ان تصبر عليه المرأة . ويجب على المؤلى ان يحنث خلال هذه المدة ويكفر عن يمينه ليعود الى زوجته التي ظلمها بترك حقوقها .

فان فاء الرجل وعاد الى زوجته فان الله غفور له ، لان الفيئة توبة واستغفار لما اقدم عليه ، وان عزم الطلاق فليراقب الله فيما يفعل لان الله سميع عليم .

جاء في تفسير المنار [3] : اي فليراقبوا الله عالمين انه سميع لايلائهم وطلاقهم ، عليم بنيتهم فيه ، فان كانوايريدون به ايذاء النساء ومضارتهن فهويتولى عقابهم .

صفته :

الايلاء فيه ظلم وايذاء للمرأة ولهذا فانه حرام حيث يمنع عن زوجته حقاً ثبت له بموجب عقد الزواج .

---

(١) المجموع للامام زيد ١٨٦/٤ .
(٢) المحلى ٤٢/١٠ .
(٣) تفسير المنار ٣٦٩/٣ .

قال في الانصاف [1] : (الايلاء محرم في ظاهر كلام الاصحاب ، لانه يمين على ترك واجب) .

وقال في مغني المحتاج [2] (وهو حرام للايذاء) .

وفي فتح القدير [3] الايلاء (يمين مشروع لكن فيه معنى الظلم لمنع حقها في الوطء)

* * *

---

(١) الانصاف ٩/١٦٩ .

(٢) مغنى المحتاج ٣/٣٤٣ .

(٣) فتح القدير ٣/١٨٢ .

المبحث الثاني

اركان الايلاء

للايلاء اركان لابد منها لتحققه وهي : —

١ — حالف ٢) محلوف به ٣) محلوف عليه ٤) زوجة ٥) صيغة ٦) مدة

١ — الحالف :

يصح الايلاء من كل زوج يصح طلاقه بلا خلاف .

واختلفوا في ايلاء العاجز عن الوطء [١] :

قال الحنابلة والمالكية والشافعية والاباضية :

يشترط الايلاء من زوج قادر على الوطء لأن الايلاء معناه الحلف على ترك الوطء فاذا كان الزوج عاجزاً عن قربان زوجته فلا تنعقد يمينه .

جاء في الشرح الكبير[٢] : « واما العاجز عن الوطء فان كان لعيب غير مرجو الزوال كالجب والشلل لم يصح ايلاؤه ، لانها يمين على ترك مستحيل فلم تنعقد، لان الايلاء . اليمين المانعة من الوطء وهذا لايمنعه يمين لانه متعذر ولا تضر المرأة بيمينه »

وقال الخرشي[٣] : المجبوب والخصي والشيخ الفاني والعنين... لا ينعقد، منهم ايلاء .

---

(١) جاء في تفسير ابي السعود ٣٧/٢ الطبعة الاميرية : « كل زوج يتصور منه الوقاع وكان تصرفه معتبراً في الشرع فانه يصح منه الايلاء » .

(٢) الشرح الكبير ٥٣٠/٨ .

(٣) شرح الخرشي ١٢٩/٣ .

وفي مغنى المحتاج [١] : « ان العاجز عن الوطء ان كان شفاؤه مرجوا فيصح ايلاؤه والا فلا يصح » .

وقال في شرح النيل [٢] : وتعليقاً على قول صاحب المتن : يتصور وطئه : اخرج بقوله : الشيخ الفاني او الطفل .

وقال الاحناف والجعفرية : يجوز الايلاء من كل زوج ولو كان غير قادر على الوطء .

جاء في الروضة البهية [٣] : « ويصح الايلاء من الخصي والمجبوب وفيؤه العزم على الوطء »

وجاء في العناية [٤] : « من آلى وهو مريض وتم اربعة أشهر وهو مريض وفيؤه ان يقول بلسانه فئت اليها فان ذلك يسقط الايلاء عندنا » .

٢ ـ محلوف به :

هل ينعقد الايلاء بكل يمين ام لا ينعقد الا باسم الله ، أو بصفة من صفاته ؟ .

قال الاحناف والمالكية والشافعيه والحنابلة والاباضية ينعقد الايلاء بكل يمين .

وقال الجعفرية والظاهرية والزيدية : لا ينعقد الا باسم الله .

الرأي الأول :

جاء في فتح القدير [٥] : الايلاء هو اليمين على ترك قربان الزوجة اربعة اشهر فصاعداً بالله او يتعلق ما يستشقه على القربان .

---

(١) مغنى المحتاج ٣٤٤/٣ بتصرف قليل .
(٢) شرح النيل ٤٤٢/٣ .
(٣) الروضة البهية ١٧٧/٢ .
(٤) العناية على الهداية على هامش فتح القدير ١٩٥/٣ .
(٥) فتح القدير ١٨٢/٣ .

وقال الخرشي [1] : « الايلاء حلف المسلم المكلف باسم الله او صفة من صفاته النفسية او المعنوية ، او ما فيه التزام عتق او طلاق او صوم او غير ذلك » .

وفي مغنى المحتاج [2] : « الجديد عند الشافعي انه لا يختص بالحلف بالله أو بصفة من صفاته بل لو علق به طلاقاً أو عتقاً كان مولياً . »

وفي المغنى [3] : ـ الايلاء : « ان يحلف بالله أو بصفة من صفاته اما ان حلف على ترك الوطء بغير هذا مثل ان حلف بطلاق أو عتاق ففيه روايتان :

١ ـ لا يكون مولياً .

٢ ـ يكون مولياً ، لما روى عن ابن عباس انه قال : كل يمين منعت جماعها فهي ايلاء وبذلك قال الشعبي والنخعي ».

وجاء في شرح النيل [4] : الايلاء : الكلام المانع من وطء الزوجة ...فدخل مالا حلف فيه مثل ان يقول : ان اتصدق بكذا ، او على كذا نذرا أو عتق او طلاق ان مسستها .

---

(١) شرح الخرشي ٣/٢٢٩ .
(٢) مغني المحتاج ٣/٣٤٤ .
(٣) المغني ٨/٥٠٣ .
(٤) شرح النيل ٣/٤٤٢ .

الرأي الثاني :

في الروضة البهية [1] : الايلاء : « لا ينعقد الا باسم الله لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت [2] » .

وفي المحلى [3] : الايلاء : « ان يحلف بالله اوباسم من اسمائه فهو مولى ، والا فان حلف بطلاق أو عتاق او صدقة فليس مولياً ، وعليه الادب لانه حلف بما لا يجوز الحلف به» .

وفي التاج المذهب [4] « ان تكون اليمين قسماً والقسم هو ان يحلف بالله تعالى او بصفة من صفاته » .

اذا ترك الوطء بدون يمين فهل يعتبر مولياً ؟ ..

قال الجمهور : اذا ترك الوطء بغير يمين فلا يلزمه حكم الايلاء .

قال في مغنى المحتاج [5] : لو امتنع بلا يمين لم يكن مولياً .

وعند الاحناف يعتبر اليمين ركناً في الايلاء فلا يصح بدونه كما جاء في فتح القدير[6] واما ركنه فهو الحلف المذكور .

اما مالك فقال ان قصد الاضرار فهو مول ولو لم يحلف .

جاء في بداية المجتهد [7] :يلزمه اذا قصد الاضرار بترك الوطء وان لم يحلف على ذلك لان الضرر يوجد في الحالتين جميعاً .

وفي الانصاف[8] : اذا امسك بغير يمين لم يكن مولياً، لكن ان تركه مضرا بها من غير عذر ، فهل تضرب له مدة الايلاء ويحكم له بحكمه ؟ . على روايتين .

---

(١) الروضة البهية ١٧٥/٢ المختصر النافع ٢١٣ .
(٢) مجمع البيان ١٢٨/٢ .
(٣) المحلى ٤٠/١٠ .
(٤) التاج المذهب ٢٥٣/٢ .
(٥) مغنى المحتاج ٣٤٥/٣ .
(٦) فتح القدير ١٨٢/٣ .
(٧) بداية المجتهد ٦١/٢ .
(٨) الانصاف ٢٧٠/٩ .

٣ ـ المحلوف عليه :

المحلوف عليه في الايلاء هو عدم قربان الزوج زوجته سواء كان في ذلك مصلحة للزوجة ام للزوج .

وقال المالكية ان كان في عدم الوطء مصلحة للزوجة ففي اعتباره ايلاء قولان

قال الدسوقي [١] : «فاذا حلف لايطأ زوجته ما دامت ترضع او حتى تفطم ولدها او مدة الرضاع فلا ايلاء عليه عند مالك».

وقال اصبغ يكون مولياً .

قال اللخمي : وقول اصبغ اوفق بالقياس . لكن المعتمد قول مالك من انه لا يكون مولياً .

وقال : وهو مقيد بما اذا قصد بحلفه على ترك الوطء اصلاح الولد او لم يقصد شيئاً والا فان قصد بحلفه مجرد الامتناع فمول .

وقد روي عن علي بن ابي طالب : ليس في اصلاح ايلاء [٢] .

ولم تفرق بقية المذاهب بين قصد الاصلاح وغيره .

جاء في المحلى [٣] . : الايلاء . « ان يحلف ان لا يطأ امرأته سواء في غضب او لاصلاح او غيره » .

وقال في التاج المذهب [٤] : « وينعقد ولو كان ترك الوطء لمصلحته كما لو كان يضره الجماع او لمصلحتها كالرضع مثلا فانه ينعقد الايلاء » .

---

(١) الدسوقي ٢/٥٠٠ .
(٢) المغني ٨/٥٢٤ .
(٣) المحلى ١٠/٤٢ .
(٤) التاج المذهب ٢/٢٥٣ .

وفي المغنى [١] : « اما اذا حلف ان لا يطأها حتى تفطم ولده فان أراد وقتا للفطام وكانت مدته تزيد على اربعة اشهر فهو مؤل ، وان اراد فعل الفطام لم يكن مولياً ، لانه ممكن قبل الاربعة الاشهر وليس بمحرم ولا فيه تفويت حق لها فلم يكن موليا ».

وفي شرح النيل [٢] : « فلو قال : والله لا امسها لئلا يهزل جسمي او لبرودة الماء عليّ لكان ايلاء ».

٤ — زوجة :

يشترط في المولى منها ان تكون زوجة للمولى فلو حلف على اجنبية ان لا يطأها فلا ايلاء . اما المطلقة الرجعية فقد اختلف الفقهاء في الايلاء منها هل ينعقد ام لا .

ومنشأ خلافهم هو الخلاف حول الطلاق في العدة فمن قال ان الطلاق يتبع الطلاق قال يقع الايلاء على المطلقة رجعياً ومن قال ان الطلاق لا يتبع الطلاق قال لا ايلاء على المطلقة رجعياً .

وكذلك اختلفوا في الصغيرة التي لا تطيق الوطء والمعيبة بعيب جنسي يحول دون الاتصال هل ينعقد اليمين عليها ام لا ؟ ...

قال الشافعية في مغنى المحتاج [٣] : « ولو آلى من رتقاء او قرناء لم يصح الايلاء على المذهب لانه لا يتحقق منه قصد الايذاء والاضرار لامتناع الامر في نفسه » .

وقال الحنابلة في المغنى [٤] : « فأما الرتقاء والقرناءفلا يصح الايلاء منهما لان الوطء متعذر دائما فلم تنعقد اليمين على تركه » .

وقال الزيدية في التاج المذهب [٥] :

---

(١) المغني ٥٢٤/٨ .
(٢) شرح النيل ٤٤٨/٣ .
(٣) مغني المحتاج ٣٤٤/٣ .
(٤) المغني ٥٢٣/٨ .
(٥) التاج المذهب ٢٥٣/٢ .

«ويصح الايلاء من الزوجة ولو كانت صغيرة مدخولة بها ام لاصحيحة ام رتقاء»

وقال المالكية في شرح الدسوقي [1] :

« ينعقد الايلاء اذا امكن الوقاع من جهة ولو كانت رتقاء او عفلاء او صغيرة لا تطيق او غير مدخول بها » .

وقال الاحناف في تبيين الحقائق [2] اثناء مناقشة من اشترط في الزوجة الا تكون رتقاء...

قال « ولان النص يقتضي صحة الايلاء من النساء مطلقاً غير مقيد بوصف القدرة على الجماع » .

٥ ـ الصيغة :

وأما صيغة الايلاء فهي على نوعين : لفظ صريح لا يحتمل معنى آخر كقوله لها والله لا جامعتك . او بلفظ كناية يحتمل اكثر من معنى كقوله والله لا أمسك . وحكم الكناية كما مر معنا في الطلاق انه لا ينعقد به اليمين الابالنية . والخلاف الذي مر معنا في وقوع الطلاق بلفظ الكناية او عدم وقوعه قال به الفقهاء في الايلاء ايضاً فليراجع

٦ ـ مدة الايلاء :

اختلف الفقهاء في مقدار مدة الايلاء على اربعة اقوال :

١) القول الاول :

قول ابن عباس انه لايكون مولياً حتى يحلف على ان لا يطأها ابداً [3]

٢) القول الثاني :

قول الحسن البصري واسحاق ان اي مدة حلف عليها كان مولياً وان كانت يوماً ، على ان يتركها اربعة أشهر .وبهذا القول اخذ الظاهرية [4]

---

(١) شرح الدسوقي ٤٩٩/٢ .
(٢) تبيين الحقائق ٢٦٧/٢ .
(٣) تفسير ابي السعود ٣٦٢/٢ .
(٤) المحلى ٤٢/١٠ .

٣) القول الثالث :

قول الثوري : انه لا يكون مولياً حتى يحلف على ان لا يطأها اربعة اشهر . او فيما زاد وبه قال الاحناف [١] والزيدية [٢] :

٤) القول الرابع :

قول سعيد بن جبير والاوزاعي انه لا يكون مولياً حتى تزيد المدة على اربعة اشهر وبه قال الشافعي ومالك واحمد والجعفرية [٣] .

---

(١) مجمع الأنهر ١/٤٤١ .
(٢) الروض النضير ٤/١٨٧ .
(٣) مغني المحتاج ٣/٣٤٣ بداية المجتهد ٢/٦١ الشرح الكبير ٨/٥١١ الانصاف ٩/١٧٢ المختصر النافع ٢٣١ .

المبحث الثالث

آثار الايلاء

اذا انعقد الايلاء صحيحاً واستوفى اركانه السابقة فعلى الزوج الفيء الى زوجته فيجامعها بعد ان يكفر عن حنثه لان هجر الزوجة لا يجوز .

اما اذا لم يفعل ومضت اربعة اشهر فقد اختلفت الاراء :

قال الاحناف : تبين الزوجة بمضيها بطلقة بائنة ، دون توقف على طلب الزوجة التفريق من الحاكم .

وقال الجمهور : اذا مضت اربعة اشهر وطالبت الزوجة بالفيء اوقفه الحاكم فاما ان يفيء فيعود الى زوجته ، واما ان يطلق . والطلاق رجعي .

وقال الظاهرية : اذا حلف الزوج على عدم قربان زوجته فالحاكم يلزمه ان يفيء ولو لم تطلب المرأة .

وعلى هذا سنبحث ثلاثة أمور :

١) مطالبة الزوجة بالفيء

٢) متى تقع الفرقة

٣) هل الفرقة طلاق بائن ام رجعي .

اولا – مطالبة الزوجة بالفيء :

قال الله تعالى : فان فاءوا فان الله غفور رحيم .

قال الفراء [١] : الفيء ان يرجع الى اهله فيجامع .

---

(١) معاني القرآن ١/١٤٥ .

فعلى الزوج اذا آلى من زوجته ان يعود اليها بعد ان يكفر عن يمينه لقوله عليه السلام : من حلف على يمين فرأى غيره خيرا منه فليات الذي هو خير وليكفر عن يمينه[1] ولا يؤاخذه الله بتلك اليمين بل يغفر له ويرحمه .

وللزوجة اذا ما مضت مدة الاربعة اشهر ان تطالب زوجها بالفيء عند جمهور الفقهاء[2] الا اذا كان بها عذر يمنع الوطء فيمتنع عليها المطالبة لان الوطء ممتنع من جهتها كما ليس لها المطالبة بالطلاق . لانه انما يستحق عند امتناعه من الفيئة الواجبة ولم يجب عليه شيء[3] .

فان كان بالزوج عذر يمنعه من الوطء من مرض او احرام فالفيء حينئذ يكون بقوله : متى قدرت جامعتها لان القصد بالفيئة ترك ما قصده من الاضرار وقد ترك قصد الاضرار[4] .

ثانياً – متى تقع الفرقة بالايلاء :

اختلف الفقهاء على خمسة اقوال :

١) قال الاحناف والاباضية :

اذا مضت الاربعة الاشهر ولم يفيء الى زوجته بانت منه بنفس مضي المدة .

---

(١) تفسير القاسمي ٥٧٨/٣ والكفارة هي اطعام عشرة مساكين ، أو كسوتهم أو تحرير رقبة ، فإن لم يجد شيئاً فصيام ثلاثة أيام .

(٢) ومدة الأربعة الاشهر مدة تتضرر المرأة بتأخير الوطء فيها . روي عن عمر أنه كان يطوف ليلة في المدينة فسمع امرأة تقول : –

تطاول هـذا الليل وازور جانبـه ... وليس إلى جنبي خليل ألاعبـه
فوالله لـولا الله لا شيء غـيره ... لزعزع من هـذا السرير جوانبه
مخـافـة ربي والحيـاء يكفنـي ... وأكرم بعلي أن تنـال مراكبـه

فسأل عمر كم تصبر المرأة عن الزوج فقيل له : تصبر شهرين وفي الثالث يقل الصبر وفي الرابع ينفد الصبر : فكتب إلى أمراء الأجناد أن لا يحبسوا رجلا عن امرأته اكثر من أربعة اشهر .

ملاحظة ، في البيت الأول : خليل : بمعنى الزوج ، الشرح الكبير ٥١١/٨ .

(٣) المغنى ٥٣٢/٨ الخرشي ٢٣٧/٣ .

(٤) مغني المحتاج ٣٥٠/٣ المحلى ٤٢/١٠ التاج المذهب ٢٥٧/٢ .

جاء في بداية المبتدىء [1] : وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقه

وفي شرح النيل [2] : وان لم يمسها حتى مضت اربعة اشهر بانت .

٢) وقال الظاهرية :

يلزم الحاكم المولي بالفيء ولو لم تطلب منه الزوجة فان أبى اجبره الحاكم على احد الامرين الفيء او الطلاق ولا يطلق عليه .

٣) وقال الجعفرية :

لا يجوز للقاضي ان يطلق زوجة المولى ولو لم يفيء اليها ولكن اذا طلبت الزوجة الفيء فالقاضي يمهل الزوج اربعة اشهر ابتداء من مطالبة الزوجة لامن وقت الحلف فان ابى الفىء او الطلاق حبسه حتى يفعل .

جاء في الروضة البهية [3] : « واذا رافعته انظره الحاكم اربعة اشهر من حين المرافعة لا من حين الحلف فان اصر على الامتناع حبسه ولا يطلق عليه » .
ويشترط المرافعة من المرأة لانه حقها .

٤) وقال الزيدية :

اذا مضت اربعة اشهر على الايلاء وطالبت الزوجة بالفىء او الطلاق فالقاضي يجبره على احد الامرين ولا يطلق عليه .

جاء في التاج المذهب [4] : « ومواقعتها بعد مضي الاربعة الاشهر ...ويحبس الزوج ان امتنع حتى يطلب او يفىء » .

٥) وقال المالكية والشافعية والحنابلة :

اذا مضت اربعة اشهر ولم يفىء الى زوجته ورفعت الزوجة امرها الى القاضي فانه

---

(١) بداية المبتدي ١٨٤/٣ .
(٢) شرح النيل ٤٤٢/٣ .
(٣) الروضة البهية ٢٥٦/٢ .
(٤) التاج المذهب ٢٥٦/٢ .

يأمره بالفيء او الطلاق . فان ابى وطالبت الزوجة بالطلاق طلق القاضي عليه» .

قال الخرشي [1] : « ان المولى اذا طلبت منه زوجته الحرة المطيقة للوطء الفيئه .

فان امتنع من الوطء ومن الطلاق فان الحاكم يوقع عليه طلقه » .

وفي الشرح الكبير [2] : « اذا امتنع المولى من الفيئة بعد التربص او امتنع المعذور بلسانه .. وطالبت المرأة فللقاضي ان يجبره على الطلاق فان امتنع طلق عليه القاضي ».

وفي رواية عن احمد : « ليس للحاكم الطلاق عليه بل يحبس ويضيق عليه [3] ».
وفي المغني [4] : ليس للحاكم ان يأمر بالطلاق . ولا يطلق الا ان تطلب المرأة ذلك لانه حق لها . وانما الحاكم يستوفي لها الحق فلا يكون الا عند طلبها

وفي المنهاج [5] : « وان ابى الفيئة والطلاق فالاظهر ان القاضي يطلق عليه طلقة » .

مناقشة :

وسبب الخلاف بين من يطلب منه القاضي التفريق ومن يحبس حتى يفرق هو معارضة الاصل المعروف في الطلاق انه لا يطلق الا الزوج ، للمصلحة التي توجب رفع الضرر عن الزوجة بتطليق القاضي .

فمن اجاز للقاضي التطليق لرفع الضرر ، قال : يطلق القاضي في كل حالة امتنع فيها الزوج عن الطلاق وكان في امتناعه ضرر للزوجة ومن قال : لا طلاق الا بيد الرجل لم يجز للقاضي التطليق على الزوج [6] .

---

(١) شرح الخرشي ٣/٢٣٨ .
(٢) الشرح الكبير ٨/٥٥ .
(٣) المغني ٨/٥٤٠ .
(٤) المصدر السابق ٨/٥٤٢ .
(٥) مغني المحتاج ٣/٣٥١ .
(٦) بداية المجتهد

مناقشة اصحاب الرأي الاول والاخير [1]

ان منشأ الخلاف بين الرأيين هو خلافهم في تفسير قوله تعالى : « للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر فان فاءوا فان الله غفور رحيم ، وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » .

فاصحاب الراي الاول قالوا ان الفيء او الطلاق يجب ان يكون اثناء مدة الايلاء وقال اصحاب الرأي الاخير ان الفيء او الطلاق يكون بعد مضي المدة

أدلة اصحاب الرأي الاول الذين قالوا ان الفرقة تقع بمضي مدة الإيلاء اذا لم يفيء الى الزوجة دون حاجة الى تطليق الحاكم او طلاق الرجل .

١) — قوله تعالى : « فان فاءوا فان الله غفور رحيم ، وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » .

فالفاء هنا للتعقيب اي ان يمين الزوج يعقبه احد امرين اما الفيء واما عزيمة الطلاق وبما ان الفيء لا يكون الا خلال المدة دون خلاف فكذلك يجب ان يكون الطلاق خلال مدة الإيلاء ولا مبرر للتفرقة بينهما حتى نقول ان الفيء يجب ان يكون خلال مدة الايلاء والطلاق بعد مضيها .

٢) قال الله تعالى في مستهل هذه الآية : « للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر» . وقال تعالى في آية اخرى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » فكما ان الفرقة تقع بمضي الاقراء الثلاثة في الآية الثانية فكذلك يجب ان تقع الفرقة بمضي مدة الايلاء في الآية الأولى .

اما اذا قلنا انه لا يقع الطلاق بمضي المدة كانت مدة التربص اكثر مما نص عليه القرآن وهو اربعة اشهر فقد يغيب المولى عن زوجته اكثر من ذلك وقد لا ترفع الزوجة امرها الى القاضي وهذا يخالف ما جاء في القرآن حيث حدد مدة التربص المذكورة

---

(١) المغني ٥٢٤/٨ ، المحلى ٤٢/١٠ ، بداية المجتهد ٦٠/٢ ، مجمع البيان ١٢٨/٢ ، مغني المحتاج ٢٤٩/٣ فتح القدير ١٨٤/٣ — ١٨٥ .

أدلة اصحاب الرأي الاخير الذين قالوا ان الفرقة لا تقع بمضي المدة بل لا بد من طلاق الرجل او تطليق القاضي .

١) — قال الله تعالى : « فان فاءوا فان الله غفور رحيم، وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » . فالفاء هنا للتعقيب فحكم الفيء او الطلاق يجب ان يكون عند انقضاء الاشهر الاربعة . لان قوله تعالى : « للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر » دل على امرين : الايلاء والتربص ، والفاء جاءت عقب ذلك فلا بد ان يكون الفيء او الطلاق بعد ذلك [1] .

٢ — قوله تعالى : « وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » صريح بان الطلاق لا يكون الا بإيقاع الرجل حين يعزم عليه فلو وقع الطلاق بمضي المدة لم يحتج الى عزم عليه بعد وقوعه .

٣ — ظاهر قوله تعالى : « فان فاءوا فان الله غفور رحيم ، وان عزمواالطلاق فان الله سميع عليم » . انه تخيير بين امرين في وقت واحد ، أما على قول ابي حنيفة فالفيء يقع في المدة اما الطلاق فيقع بمضي المدة فتغاير الوقتان .

٤ — ان قصد المضارة لا يتحقق الا بمضي المدة التي حددها القرآن للايلاء فاذا ترك الرجل قربان زوجته اقل من اربعة اشهر لا يعتبر ضاراً بالزوجة ، أما اذا مضت المدة المذكورة تحقق الضرر فيؤمر بالفيء او بالطلاق .

والرأي الاخير على ما يبدو اقوى حجة واقرب للمصلحة وفي هذا يقول استاذنا الجليل الشيخ علي الخفيف [2] : « ان رأي الجمهور اقوى واصح دليلا اوقد يكون من الخير مفاتحة الزوج فيما حدث منه من يمين ، وامتناع عن قربان زوجته ، وذلك بعد مضي المدة فيراجع الزوج نفسه ، ويدرك خطأه ، وذلك خير من فصم عرى الزوجية بمجرد مضي المدة ، فلا تجدي المفاتحة ولا النصح ولا الارشاد ، ولكن في عدم وقوع الطلاق بمضيها تهيئة فرصة يستطيع فيها الزوج اصلاح ما أفسد » .

---

(١) فقه القرآن والسنة حسن مأمون ١٤٤ .

(٢) فرق الزواج ص ٢٤٩ .

وفي هذا يقول الامام القرافي المالكي[1]

التطليق على المولي يفتقر الى بذل الجهد والتحرير في تلك اليمين المحلوف بهـا ، هل هي مما توجب عليه حكماً على تقدير الفيئة أم لا وهل ترك الفيئة منه مضر بالمرأة أم لا وهل كان مقصود بتلك اليمين الاضرار فتطلق عليه ؟ ... كما لو حلف أن لا يطأها خوفاً على ولده من السقم لفساد اللبن وغير ذلك من جهات النظر .

ثالثاً – هل الفرقة بالايلاء طلاق بائن ام رجعي ؟ ..

قال الاحناف والزيدية والاباضية : إن الطلاق الذي يقع بالايلاء طلاق بائن .

جاء في تنوير الابصار[2] : « وحكمه وقوع طلقة بائنة » .

وفي المجموع للامام زيد[3] : « فان عزم الطلاق تطليقة بائنة » .

وفي شرح النيل[4] : « الايلاء طلاق واحد ان لم ينو أكثر ولا يملك رجعتها .

وحجة أصحاب هذا الرأي ان الشارع جعل الفرقة في الايلاء لرفع الظلم والضرر عن الزوجة .

وهذا لا يتحقق الا في الطلاق البائن لا الرجعي .

جاء في حاشية الشلبي[5] : « عن سعيد بن المسيب : انما وقع بائنا لا ن الزوج ظلمها حيث منعها حقها المستحق عليه الوطء في المدة فجازاه الشرع بالطلاق عند مضي المدة تخليصا عن ضرر التعليق ولا يحصل التخلص بالرجعي فوقع بائنا » .

وقال الحنابلة والمالكية والشافعية والجعفرية والظاهرية : ان الايلاء رجعي .

جاء في المغنى[6] : « والطلاق رجعي سواء أوقعه بنفسه أو طلق الحاكم عليه » .

---

(١) الاحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام للقرافي ص ١٤٧ .
الامام القرافي هو شهاب الدين ابو العباس احمد ادريس بن عبد الرحمن المصري القرافي المالكي ولد بمصر سنة ٦٢٦ اخذ عن شيخ الشافعية الامام الشيخ عز الدين بن عبد السلام وعن غيره من كبار علماء عصره .
من مؤلفاته الذخيرة في الفقه المالكي وهو موسوع في الفقه طبع منه مجلد واحد ، والفروق في أربعة مجلدات توفي رحمه الله ودفن بالقاهرة عام ٦٨٤ هـ .

(٢) تنوير الابصار ٥٦٢/٢

(٣) المجموع ١٨٨/٤ .

(٤) شرح النيل ٤٤٢/٣ .

(٥) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٢٦٢/٢ .

(٦) المغني ٥٤٢/٨ .

وعن احمد : « رواية انه بائن اذا طلق الحاكم ورجعي اذا طلق الزوج » .

وفي شرح الخرشي [1] : « ان المولي اذا طلق الحاكم عليه زوجته التي دخل بها فله أن يراجعها ما دامت العدة باقية » .

وفي نهاية المحتاج ان طلاق المولى طلا ق رجعي الا اذا كان قبل الدخول او مكملاً للثلاث[2] .

وفي التهذيب[3] : « فان عزم الطلاق فهي واحدة وهو أملك برجعتها» .

وفي المحلى [4] : « فاذا طلقها ثم راجعها فقد سقط عنه حكم الايلاء » .

وسبب الخلاف بين من عد الطلاق بالايلاء بائنا وبين من قال انه طلاق رجعي معارضة المصلحة المقصودة من الايلاء للاصل المعروف في الطلاق فمن غلب الاصل قال أنه رجعي ومن غلب المصلحة قال أنه بائن[5] .

جاء في المحلى[6] : « اذا حلف ولو لم يوقت وقتاً فالحاكم يلزمه أن يفيء ووطء امرأته ويؤجل له أربعة أشهر من حين الحلف سواء طلبت المرأة او لم تطلب رضيت او لم ترض » .

واذا لم يفيء خلال المدة وهي أربعة أشهر من حين الحلف أجبره الحاكم بالسوط أن يجامع أو يطلق أو يموت قتيلاً وليس للحاكم أن يطلق عليه .

* * *

---

(١) شرح الخرشي ٣/٢٤٠ .
(٣) نهاية المحتاج ٦/١٦٥ .
(٣) الاستبصار ٣/٢٥٥ .
(٤) المحلى ١٠/٤٣ .
(٥) بداية المجتهد ٢/٦١ .
(٦) المحلى ١٠/٤٤ .

الفصل الرابع

الفرقة بتغيير الدين

تمهيـــيد :

الزواج ارتباط بين قلبين قبل أن يكون ارتباطاً بين جسدين . فوحدة الافكار والمشاعر وتلاقي المبادىء والآراء بين الزوجين هو الدعامة الاولى التي يرتكز عليها نظام الزواج . فاذا ما اختلف الزوجان في العقيدة تباعد قلباهما ونشأ عن ذلك اختلاف في كثير من شؤون الاسرة ، فكل من الزوجين يريد أن يربي اولاده على حسب عقيدته ومبادئه ، ويصبح لكل منهما أهداف وغايات تختلف عن الآخر ، وهكذا يصبح كل من الزوجين في معزل عن الآخر في تقاليده وعاداته ، في طباعه وخلقه ، في سلوكه وتفكيره .

ولئن اجاز الشرع الاسلامي للمسلم أن يزوج الكتابية ابتداء فلئن هذا معناه قبول أحدهما بالآخر على دينه ببينة ووضوح[1] .

أما اذا طرأ تغيير الدين أثناء الحياة الزوجية فالأمر يختلف لان تغيير الدين معناه الثورة على تلك المبادىء والنظم التي تعاقد عليها الزوجان وفي ظلها تم الزواج .

---

(١) نتكلم عن تغيير الدين الطارىء بعد الزواج اما اختلاف الدين حين الزواج اي اذا كان الزوجان مختلفين ديانة فان كان معروفاً ذلك لدى الطرفين وكان الزوج مسلماً والزوجة كتابية فلا اكراه لان الزوجة رضيت به على خلاف دينها واما العكس فلا يجوز للمسلمة ان تتزوج غير المسلم فهذا الامر يتعلق بالنظام العام قانوناً ولان الابناء يلحقون بأبيهم وانه لا ولاية لغير المسلم على المسلمة شرعاً .

والحياة الزوجية ليست ميداناً للصراع الفكري بين الرجل والمرأة حتى نحكم عليها بالبقاء الابدي رغم تغيير الدين ، وليست رابطة الزوجية رابطة ابدية لا يجوز فصمها لأي سبب من الاسباب

ولهذا فان معظم الشرائع والقوانين نصت صراحة على التطليق لتغيير دين أحـــد الزوجين حتى ان الذين لا يؤمنون بالتفريق بين الزوجين قالوا اذا غير أحد الزوجين دينه وجب الانفصال الجثماني بينهما .

المبحث الاول

اثر تغيير دين أحد الزوجين على الزواج في الشريعة الاسلامية

وسنبحث في هذا الموضوع حالة تغيير دين أحد الزوجين عن الاسلام في فرع ، والتغيير الى الاسلام في فرع آخر :

الفرع الاول : ردة أحد الزوجين .

الفرع الثاني : اسلام أحد الزوجين .

الفرع الاول

ردة حد الزوجين

اذا ترك احد الزوجين المسلمين دينه يعتبر مرتداً سواء انتقل الى دين سماوي أم لم ينتقل الى دين معين .

وتعتبر الردة في الاسلام بمنزلة الموت لانها سبب مفض اليه فالمرتد يقتل ، والمرتدة تحبس حتى الموت ، الا اذا كان في بقائها خطرا على المسلمين .

وتصرفات المرتد باطلة كلها ولا يجوز أن يتزوج أحدا ولهذا ينفسخ نكاحه ان كان زوجاً . وتصرفات المرتدة أيضاً باطلة كلها وينفسخ نكاحها على ما ذهب اليه جمهور المسلمين .

ويلاحظ في احكام المرتدين جانب الخروج على نظام الدولة بخروج المرتد على دين الدولة ومبادئها أكثر من الخروج من دين الى دين بدليل اختلاف أحكام المرتد عن أحكام المرتدة . فالمرتد يشكل خطرا على الدولة الاسلامية ، أما المرتدة فهي أقل أثرا ولهذا لا تقتل بل تحبس الا اذا كانت من ذوات النفوذ وفي بقائها ضرر على المسلمين كما ذكرنا .

فاذا ارتد الزوج فلا يجوز بقاء زوجته على عصمته حيث لا عصمة مع الردة ، ولا يجوز بقاء المسلمة زوجة لمرتد لانه لا دين له . وما لا يجوز ابتداء لا يجوز بقاء ، فكما ان زواج المشرك بالمسلمة لا يجوز فكذلك بقاء المسلمة زوجة للمرتد لا يجوز .
قال الله تعالى :

« ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو اعجبكم ».
وكذلك اذا ارتدت الزوجة فلا يجوز بقاؤها زوجة للمسلم لأنه لا يجوز زواج المشركة ابتداء لقوله تعالى : « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » .

سنبحث أثر الردة على الزواج في الشريعة الاسلامية حيث نجد أمامنا حالات ثلاث :
اولا — اذا ارتد الزوج :

قال الاحناف والزيدية والظاهرية والمالكية : ان الفرقة تقع بين الزوجين بمجرد ردة الزوج لأنه لا يقر على فعله ويقتل ان لم يتب .

وقال الحنابلة والشافعية والاباضية بذلك ان كانت ردة الزوج قبل الدخول ، اما اذا كان بعد الدخول فلا يفرق بينهما الا بانتهاء العدة ، فان رجع الى الاسلام خلال ذلك فهي زوجته ، والا فرق بينهما .

وفصل الجعفرية بين من كان مسلماً فارتد وبين من كان كافراً ثم أسلم فارتد .
ثانياً — اما اذا ارتدت الزوجة :

قال الاحناف والظاهرية والزيدية : اذا ارتدت الزوجة يفرق بينها وبين زوجها إثر ردتها .

وقال المالكية : لا يفرق بينهما اذا قصدت بردتها فسخ نكاحها بل تعامل بنقيض ما قصدته وتبقى زوجته ، وبهذا أفتى بعض المتأخرين من الاحناف .

أما الجعفرية والحنابلة والاباضية والشافعية فقد فرقوا أيضاً بين ما اذا كانت الردة قبل الدخول أو بعدها . فاذا ارتدت الزوجة قبل الدخول بانت في الحال ، وان كان بعد الدخول يتوقف في مدة العدة ، فان عادت إلى الاسلام فهي زوجته والا فرق بينهما ، والفرقة على كل حال من يوم الردة .

ثالثاً ــ واذا ارتد الزوجان معاً :

قال الظاهرية والزيدية : اذا ارتد الزوجان وقعت الفرقة بينهما ، وبهذا قال الاحناف قياسا ولكنهم استحسنوا فقالوا لا تقع الفرقة استحسانا .

وقال الزيدية : اذا ارتد الزوجان معاً فهما على نكاحهما لأنه لم يختلف دينهما عن بعضهما .

وقال الشافعية والجعفرية والحنابلة : ان كانت ردتهما قبل الدخول فسخ النكاح بينهما وان كان بعد الدخول يتوقف فإن عادا الى الاسلام في فترة العدة فهما على نكاحهما والا فرق بينهما .

وفي مذهب الحنابلة روايتان في ردة الزوجين بعد الدخول .

الاحناف : جاء في متن القدوري[1] : « واذا ارتد أحد الزوجين عن الاسلام وقعت البينونة[2] »

وقال صاحب الجوهرة في شرحه في امرأة ارتدت لتفارق زوجها : تقع الفرقة

---

(١) الجوهرة ٢/٢٤ .

(٢) وجاء في الفتاوي الحامدية ٩٦/١ ط أميرى ثانية . سئل : هل تقع الفرقة بنفس الردة أم لا بد من قضاء القاضي ؟ فأجاب تقع الفرقة بنفس الرده قال في التنوير والكنز : وارتداد أحدهما فسخ في الحال . وقال قاضيخان في باب الردة : أجمع أصحابنا على أن الردة تبطل عصمة النكاح وتقع الفرقة بينهما بنفس الردة .

وتجبر على الاسلام وتعزر .

ولكن المتأخرين من الاحناف افتوا بعدم الوقوع اذا قصدت الزوجة بردتها فسخ نكاحها معاملة لها بنقيض مقصودها .

جاء في الفتاوي الخانية[1] : « في منكوحة ارتدت : حكي عن أبي نصر وأبي القاسم الصفار انهما قالا لا تقع الفرقة بينهما حتى لا تصل الى مقصودها ان كان مقصودها الفرقة » .

وقال الزيلعي [2] : « وبعض مشايخ بلخ وسمر قند كانوا يفتون بعدم وقوع الفرقة بالردة حسما لباب المعصية .

وعامتهم يقولون يقع الفسخ ولكن تجبر على النكاح لزوجها بعد الاسلام لان المقصود يحصل بذلك .

أما ردة الزوجين معاً :

جاء في البدائع[3] : « اما اذا ارتدا معاً فلا تقع الفرقة بينهما استحساناً حتى لو اسلما فهما على نكاحهما والقياس ان تقع الفرقة وهو قول زفر[4] » .

الزيدية :

جاء في التاج المذهب[5] : « ان ارتد احدهما فأنه يفسخ النكاح وتبين الزوجة في الحال سواء كانت مدخولا بها ام غير مدخولة » .

---

(١) الفتاوي الخانية ١/٥٤٦ .
(٢) الزيلعي ٢/١٧٨ .
(٣) البدائع ٢/٢٣٧ .
(٤) وجه القياس ان ردة احدهما تقع بها الفرقة فردتهما معاً فيها ردة احدهما وزيادة . واما وجه الاستحسان ان العرب في عهد أبي بكر لما ارتدوا ورجعوا إلى الاسلام لم يؤمروا بتجديد أنكحتهم وكان هذا في عصر الصحابة فهو اجماع تركنا القياس لاجله .
(٥) التاج المذهب ٢/٨٠ .

وجاء في البحر الزخار[1] : « فان ارتدا معاً فلا فسخ ، اذ لم تختلف ملتهما فلم يشملها قوله صلى الله عليه وسلم : لا تناكح بين أهل ملتين » .

الظاهرية :

جاء في المحلى[2] : « اذا ارتد هو دونها أو ارتدت هي دونه أو ارتدا معاً ففي كل هذه الوجوه ينفسخ نكاحهما ... ولا ترجع اليه الا برضاهما » ــ أي ولو أسلم وتاب فلا رجعة الا بعقد جديد ــ .

المالكية :

وقال المالكية : اذا ارتد الزوج فرق بينهما حالا ، ولا رجعة له ولو تاب وهي في العدة أما إذا ارتدت الزوجة فقالوا : ان قامت القرائن على ان غرضها الاحتيال للخلاص من زوجها فانها لا تبين منه بل تعامل بنقيض قصدها [3] . وقال المراق [4] : وإن أسلم في في عدتها فلا رجعة له . وكذلك ردة المرأة (طلقة بائنة (وان رجعت إلى الاسلام .

وقد نقل الحطاب عن الشامل[5] : لو قصدت بردتها فسخ نكاحها لم ينفسخ .

أما إذا لم تقصد فسخ النكاح فالفرقة تقع بينهما بمجرد ردتها عن الاسلام[6] .

الحنابلة :

جاء في المحرر [7] : وإذا ارتد الزوجان معاً قبل الدخول أو أحدهما انفسخ النكاح ...

---

(١) البحر الزخار ٣/٧٢ .

(٢) المحلى ١٠/١٤٣ .

(٣) ونظراً لقوة هذا الرأي اقتصرت أكثر كتب المالكية على ذكره ولكن هذا مقيد فيما إذا كان قصد الزوجة من ردتها الخلاص من زوجها وإلا بانت أثر ردتها .

(٤) شرح المواق ٣/٤٧٩ .

(٥) مواهب الجليل ٣/٤٨٠ .

(٦) شرح الدردير ٢/٣١٦ . ونقل الدسوقي رواية علي بن زياد عن مالك : إذا ارتدت المرأة تريد بذلك فسخ النكاح فلا يكون ذلك طلاقاً وتبقى على عصمته .

(٧) المحرر ٢/٣٠ – وراجع الفروع ٣/٨٤ – والانصاف ٨/٢١٥ .

ولو كانت الردة بعد الدخول فهل تتنجز الفرقة أو تقف على انقضاء العدة ؟ ... على روايتين .

وقال في المغني[1] : اختلفت الرواية عن أحمد فيما اذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخول ...

ففي احداهما تتعجل الفرقة .

وثانيهما : يقف على انقضاء العدة فان أسلم المرتد قبل انقضائها فهما على النكاح وان لم يسلم حتى انقضت بانت منذ اختلف الدينان ...

وقال : فان ارتد الزوجان معاً فحكمهما حكم ما لو ارتد أحدهما .

وقال في كشاف القناع [2] : « ويمنع الزوج من وطئها اذا ارتد أو أحدهما بعد الدخول » .

الشافعية :

جاء في المنهاج[3] : « ولو ارتد زوجان او أحدهما قبل دخول تنجزت الفرقة ، أو بعده وقفت ، فان جمعهما الاسلام في العدة دام النكاح ، والا الفرقة من الردة » .

الجعفرية :

قلنا ان الجعفرية فرقوا في ردة أحد الزوجين بين ما إذا كان مسلماً في الأصل ثم ارتد أو كان كافراً ثم أسلم ثم رجع الى دينه .

جاء في تذكرة الفقهاء[4] :

١) إذا ارتد أحد الزوجين : فان كان مسلماً أي ولد مسلماً ثم انتقل بعد بلوغه رشده الى الكفر فانه لا تقبل منه توبته ولا رجوعه الى الاسلام ، بل يجب قتله ، وتخرج أمواله عنه

---

(١) المغني ٥٦٦/٧ .

(٢) كشاف القناع ٩٤/٥ .

(٣) مغني المحتاج ١٩٠/٣ .

(٤) تذكرة الفقهاء ٦٥٨/٢ .

بنفس الارتداد وتبين منه زوجاته ولو رجع لم يرجع اليه شيء من ماله ولا من منكوحاته بل يحرمن عليه وغيرهن من المسلمات تحريماً مؤبداً وتعتد زوجاته منه عدة الوفاة .

٢) وإن كان عن غير فطرة فان كان كافراً فيسلم ثم يرجع الى الكفر ، هنا يستتاب فان تاب ورجع قبل رجوعه فلا تخرج أمواله عنه ولا منكوحاته بالارتداد بل يحجر عليه في ماله ويفرق بينه وبين منكوحاته فان رجع في العدة وهي عدة الطلاق هنا ، كان أحق بهن . وان خرجن من العدة ولم يرجع بنّ عنه وجاز لهن نكاح غيره .

٣) أما لو ارتدا معاً : فانه كارتداد أحدهما فان كان قبل الدخول انفسخ النكاح في الحال وان كان بعده وقف الفسخ على انقضاء العدة .

الاباضية :

جاء في شرح النيل[1] : من ارتد زوجاً او زوجة ثم عاد الى الاسلام أثناء العدة استمر النكاح بينهما .

وقيل لا بد من أن يجدد عقد النكاح ولو لم تنقض العدة .

* * *

---

(١) شرح النيل ٣/١٩٥ .

نوع الفرقة التي تقع بالردة

قال الأحناف [1] :

ان ردة الزوجة فسخ بلا خلاف في المذهب أما ردة الزوج فهي فسخ عند أبي حنيفة وأبي يوسف وطلاق بائن عند محمد .

وقال الشافعية [2] والحنابلة [3] والجعفرية [4] والزيدية [5] والظاهرية [6] .

ان ردة أحد الزوجين فسخ للنكاح :

وقال المالكية : [7] ان ردة أحد الزوجين طلاق بائن .

وقال المخزومي : ان الفرقة طلاق رجعي .

وقال الماجشون إن الفرقة فسخ .

* * *

---

(١) البدائع ٢/٣٣٧ .

(٢) مغني المحتاج ٢/١٩١ وجاء في المهذب ٢/٥٥ .

(٣) وقال ابن قدامة في عمدة الحازم ص ١٦٨ وكل فرقة جاءت من الزوج كالخلع وانتقاله عن دينه أو من اجنبي فحكمه حكم طلاق . المغني ٧/٥٣٢ .

(٤) الروضة البهية ٢/٩٨ المختصر النافع ٢٠٣ .

(٥) البحر الزخار ٣/٧٠ الدرر البهية ٢/٣٤ – ٢ – الفرقة الواقعة باختلاف الدين فسخ لأنها فرقة عربت عن لفظ الطلاق ونيته فكانت فسخاً كسائر الفسوخ .

(٦) المحلى ١٠/١٤٣ .

(٧) الدردير ٢/٣١٦ المواق ٣/٤٧٨ .

الفرع الثاني

اسلام احد الزوجين

لا يجوز في الشريعة الاسلامية للمسلمة أن تتزوج غير مسلم بلا خلاف . ولكن يجوز للمسلم أن يتجوز كتابية مسيحية كانت أو يهودية مع خلاف في بعض المذاهب ، ولا يجوز للمسلم أن يتزوج مجوسية .

يقول استاذنا الجليل فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة[1] « ان التنافر بين الاسلام والوثنية شديد لا يمكن أن تكو ن معه في الاحوال العامة عشرة متلائمة متفقة وكيف تتصور عشرة بين زوجين أحدهما يتقرب الى الله سبحانه بذبح بقرة وتوزيعها صدقات والثاني يتعبد هذه البقرة انه لا يمكن أن تكون عشرة الا اذا كان ثمرة استهواء شديد يفسد دينه فيكون التحريم من هنا » .

أما الكتابية فانها في لب الفضائل الاجتماعية تلتقي مع المسلم اذ اصول الا ديان السماوية في أصلها واحد .

ومن القواعد العامة في هذا الموضوع أنه ما لا يجوز ابتداء لا يجوز بقاء وعلى هذا وضعت أحكام النكاح والطلاق بين مختلفي الديانة .

وفي اسلام أحد الزوجين ثلاث حالات اما أن يسلم الزوج أو تسلم الزوجة أو أن يسلم الزوجان معاً . وسنبحث هذه الحالات الثلاث من حيث آثارها على الفرقة بينهما .

---

(١) آثار الزواج محمد ابو زهرة ص ١٣٥ .

١) اذا اسلم الزوجان معاً او اسلم الزوج وكانت زوجته كتابية [١] :

ولم يكن بينهما سبب من أسباب التحريم ، في هذه الحالة يستمر النكاح بين الزوجين ، لأنهما ان اسلما معا فلا اختلاف بينهما في دين . فإن اسلم الزوج وكانت زوجته كتابية فهذا يجوز ابتداء أي يجوز للمسلم أن يتزوج كتابية ، وما جاز ابتداء جاز بقاء . ولم يخالف في اسلام زوج الكتابية الا الزيادية على المعتمد عندهم .

جاء في البدائع[٢] : « فان كانا كتابيين فأسلم الزوج فالنكاح بحاله ، لان الكتابية محل لنكاح المسلم ابتداء فكذا بقاء » .

وجاء في المحرر[٣] : « واذا أسلم الزوجان معاً أو أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما » .

وجاء في المنهاج[٤] : « اسلم كتابي أو غيره وتحته كتابية استمر نكاحه ... ولو أسلماً معاً دام النكاح » .

وفي شرح الخرشي [٥] : « ان الكافر اذا أسلم وتحته كتابية فانه يقر على نكاحها ترغيبا للاسلام » .

وفي شرح المواق[٦] : « واجمعوا أن الزوجين اذا أسلما في حالة واحدة ان لهما البقاء على النكاح الاول ، الا ان يكون بينهما نسب أو رضاع يوجب تحريما » .

---

(١) أما لو كانت زوجته غير كتابيه عرض القاضي الاسلام عليها فإن أبت فرق بينهما على ما ذهب اليه الاحناف .
وقال الشافعية والحنابلة تقع الفرقة حالا إن كان قبل الدخول وإلا ينتظر لانتهاء العدة لعلها تسلم .
(٢) البدائع ٢/٣٣٦ .
(٣) المحرر ٢/٢٨ وفي المغني ٧/٥٣٥ اذا أسلما معاً فهما على النكاح سواء كان قبل الدخول أو بعده . وكذلك في الإنصاف ٨/٢١٠ .
(٤) مغني المحتاج ٣/١٩١ .
(٥) شرح الخرشي ٣/٦٥ .
(٦) شرح المواق ٣/٤٧٨ .

وفي المختصر النافع[1] : « واذا اسلم زوج الكتابية فهو على نكاحه سواء كان قبل الدخول أو بعده » .

وفي الروضة البهية[2] : « ولو اسلما معا يثبت النكاح لانتفاء المقتضى للفسخ » .

وفي المحلى[3] : « يفسخ النكاح بعد صحته في حالات منها اختلاف الدينين الا في جهة واحدة وهي أن يسلم الزوج وهي كتابية فانهما يبقيان على نكاحهما واذا أسلما معا فهما على نكاحهما » .

وفي المذهب الزيدي رواية جاءت في المجموع[4] : « ما رواه الامام زيد عن علي : اليهودي تسلم امرأته ، ان اسلما كانا على النكاح وان اسلم هو ولم تسلم امرأته كانا على النكاح[5] » .

٢) اما لو اسلمت الزوجة :

اذا أسلمت الزوجة وكان زوجها غير مسلم فيجب التفريق بينهما لأنه لا يجوز للمسلمة أن تتزوج غير مسلم شرعاً وقانوناً[6] لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بايمانهم فان علمتوهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن » .

---

(١) المختصر النافع ص ٢٠٣ .
(٢) الروضة البهية ٩٨/٢ . يذهب بعض فضلاء الكتاب الى أن زواج المسلم بغير المسلمة لا يجوز عند الإمامية وهذا خطأ . مجلة القانون والاقتصاد العدد ١ س ١ احمد ابراهيم .
(٣) المحلى ١٤٣/٢٠ .
(٤) المجموع ٦٩/٤ .
(٥) وهذا يخالف ما ادعاه صاحب البحر الزخار من أن الاجماع على فسخ النكاح في هذه الحالة . قال في البحر الزخار ٧٠/٣ اذا أسلم أحدهما دون الثاني انفسخ النكاح إجماعاً لقوله عليه السلام : لا تناكح بين أهل ملتين ولعل سبب هذا الاختلاف هو خلافهم حول جواز المسلم بالكتابية .
(٦) يقول الدكتور احمد سلامه ٣١٢/١ وبطبيعة الحال فإذا كانت الزوجة هي التي أسلمت فإن رابطة الزوجية تحل بقوة القانون لأن عدم جواز زواج المسلمة بغير المسلم مسألة من النظام العام .

ولم يختلف الفقهاء في هذا الا انهم قالوا في الوقت الذي تبين به الزوجة ثلاثة آراء :

١) قال الظاهرية : اذا أسلمت الزوجة وقعت الفرقة بين الزوجين في الحال .

٢) وقال الاحناف يعرض الاسلام على زوجها فان أسلم فهي زوجته وان أبى فرق بينهما .

٣) وفرق الجمهور فيما اذا كان اسلام الزوجة قبل الدخول أو بعد الدخول .

٤) وقال الزيدية يفرق بينهما باحد أمرين اما بمضي مدة العدة أو بعرض الاسلام على الزوج وإباؤه .

١ ـ قال الظاهرية :

اذا اسلمت زوجة غير المسلم فالفرقة وقعت بينهما بمجرد اسلامها ولا تحتاج الى عرض الاسلام على زوجها لأنه لا يجوز بقاؤها تحت غير مسلم .

قال في المحلى[١] : في أسباب فسخ النكاح : ان تسلم وهو كافر كتابي أو غير كتابي .

وقال ابن حزم بعد ذلك سواء أسلم زوجها أثر اسلامها ام لم يسلم فلا نكاح بينهما الا انه اذا اسلم فله الزواج بعقد جديد ومهر جديد .

٢ ـ اما الاحناف :

فقالوا اذا أسلمت الزوجة عرض الاسلام على زوجها فان أسلم فهي زوجته وان أبى فرق بينهما .

جاء في البدائع[٢] : وان أسلمت المرأة لا تقع الفرقة بنفس الاسلام عندنا ولكن يعرض الاسلام على زوجها فان أسلم بقيا على النكاح ، وان أبى الاسلام فرق القاضي

---

(١) المحلى ١٠/١٤٣ .
(٢) البدائع ٢/٣٣٦ .

بينهما ، لأنه لا يجوز أن تكون المسلمة تحت الكافر ولهذا لم يجز نكاح الكافر المسلمة ابتداء فكذا في البقاء عليه .

٣ ـ وقال الحنابلة والشافعية والمالكية والجعفرية : ان كان اسلام الزوجة قبل الدخول فسخ النكاح في الحال بلا خلاف بينهم .

أما ان كان بعد الدخول فيتوقف حتى مضى العدة فان أسلم الزوج خلالها فهي زوجته وان لم يسلم فرق بينهما[1] ، مع خلاف يسير :

قال الحنابلة : اما اذا كان بعد الدخول فالمذهب أنه يعرض الاسلام على الزوج ما دامت في العدة وهناك روايتان اختار احداهما الخلال والثانية اختارها ابن تيمية .

جاء في المحرر [2] : وان أسلمت الزوجة ... انفسخ نكاحهما اذ لم يكن دخل بها . وان كان اسلام أحدهما بعد الدخول وقف الامر على انقضاء العدة فان اسلم الثاني قبل انقضائها بقي نكاحهما والا تبينا انفساخه منذ اختلف الدينان .

وعنه ينفسخ في الحال كما قبل الدخول .

هذه الرواية الثانية عن أحمد اختارها الخلال فقد جاء في مسائل الخلاف التي خالف فيها الخرقي (المسألة ٥٨ وفيه رواية بتعجيل الفرقة كما لو كان قبل الدخول اختارها أبو بكر وشيخه لانه اختلاف دين فأوجب الفرقة)[3] .

وفي الفروع[4] : واختار شيخنا[5] : فيما اذا اسلمت قبله بقاء النكاح قبل الدخول

---

(١) وحجتهم في هذا أننا أمرنا أن نتركهم وما يدينون وفي عرض الاسلام على الزوج غير المسلم قد يكون فيه شيء من العرض لحرية دينه ولهذا فهو بالخيار إن شاء أسلم ويرجع إلى زوجته ، وإن بقي على دينه ومضت العدة بانت امرأته من يوم إسلامها . ولا يجوز أن يقربها في هذه المدة أبداً . اما الآخرون فقالوا ليس في عرض الإسلام أي تعرض لحرية الأديان إنما الغاية الابقاء على الرابطة الزوجية ما أمكن الى ذلك سبيلا .

(٢) المحرر ٢/٢٨ .

(٣) مسائل الخلال ص ٤٧ .

(٤) الفروع ٣/٨٢ .

(٥) هو الإمام تقي الدين ابن تيمية .

وبعده ما لم تتزوج غيره . والأمر في ذلك اليها ولا حكم له عليها ولا حق لها عليه لان الشارع لم يستفصل وهو مصلحة محضة[1] .

هذا الرأي لابن تيمية كما يبدو غريباً لان ترك المرأة بدو ن زوج على هذا الشكل وترك الخيار لها رأي انفرد به وقد حاولت ان أجد هذا النص في فتاوى ابن تيمية فلم أجده ولكني وجدته في الاختيارات العلمية :

« واذا أسلمت الزوجة والزوج كافر ، ثم أسلم قبل الدخول أو بعد الدخول فالنكاح باق ما لم تنكح غيره والأمر اليها ولا حكم له عليها ولا حق عليه لان الشارع لم يفعـــل وهو مصلحة محضة . وكذا ان أسلم قبلها » .

وهذا الرأي قال بمثله صاحب الروض النضير[2] قال بعد أن ذكر جميع الاراء ولكن الذي دل عليه حكمه صلى الله عليه وسلم : ان النكاح موقوف فان أسلم قبل انقضاء عدتها فهي زوجته وإن انقضت عدتها فلها أن تنكح من شاءت وان أحبت انتظرته فان أسلم كانت زوجته من غير حاجة الى تجديد نكاح .

ولا خلاف عند المالكية بأن الزوجة تبين من زوجها اذا أسلمت قبل الدخول وأما بعد الدخول فيعتبر اسلام الزوج رجعة ما دامت في عدة الاستبراء .

جاء في شرح الخرشي[3] : اذا تقدم اسلامها على اسلامه فالحكم أنه يقر عليها اذا أسلم في عدتها ، فان انقضت عدتها قبل اسلامه فقد بانت منه .

وعن ابن القاسم[4] : ان اسلام الزوج رجعة دون احداث رجعة .
وقال الجعفرية في المختصر النافع[5] : ولو اسلمت زوجته دونه انفسخ في الحال ان

---

(١) الاختيارات العلمية ص ١٣٣ .
(٢) الروض النضير ٦٧/٤ .
(٣) شرح الخرشي ٦٦/٣ .
(٤) مواهب الجليل ٤٧٨/٣ .
(٥) المختصر النافع ٢٠٣ وراجع في هذا الموضوع تذكرة الفقهاء ٦٦٠/٢ والاستبصار ١٨١/٣ والتهذيب ٢٠٠/٢ والكافي ٣٨/٢ .

كان قبل الدخول . ووقف على انقضاء العدة ان كان بعده .

وقال في الروضة البهية[1] : فان انقضت ولم يسلم تبين أنها بانت منه حين اسلامها . وان أسلم قبل انقضائها تبين بقاء النكاح .

هذا هو المشهور بين الاصحاب وعليه الفتوى .

ولا خلاف في الشافعية ان الزوجة اذا أسلمت بعد الدخول فللزوج الخيار في اسلامه ما دامت في عدتها فان أسلم فهي زوجته والا بانت منه وتعتبر الفرقة كما جاء في مغني المحتاج[2] من يوم اسلام الزوجة .

وقال ابن حجر[3] : « اذا أسلم في العدة يتزوجها » .

وجاء في المهذب[4] : « وان أسلمت المرأة والزوج يهودي او نصراني فان كان قبل الدخول تعجلت الفرقة ، وان كان بعد الدخول وقفت الفرقة على انقضاء العدة فان اسلم الآخر قبل انقضائها فهما على النكاح وان لم يسلم حتى انقضت العدة حكم بالفرقة » .

اما الزيدية :

فقد سبق أن ذكرنا لهم رواية في مذهبهم بأن الزوجة الكتابية اذا أسلم زوجها فهما على نكاحهما . ولكن المذهب هو انه اذا أسلم أحد الزوجين الذميين فان الفرقة بينهما لا تقع الا بعد عرض الاسلام على الآخر دون تفرقة بين اسلام الزوجة او اسلام الزوج . أو بمضي مدة العدة على الزوجة .

جاء في التاج المذهب[5] : « وأما الذمية اذا أسلمت هي أو أسلم زوجها فان البينونة تقع بينهما بأحد أمرين :

---

(١) الروضة البهية ٢/٩٨ .
(٢) مغني المحتاج ٣/١٩١ .
(٣) فتح الباري ٩/٣٧٠ .
(٤) المهذب ٢/٥٥ .
(٥) التاج المذهب ٢/٨٠ .

١) أما بمضي مثل العدة لأنها لم تكن عدة حقيقية بل مدة انتظار سواء كانت مدخولة أم غير مدخولة .

٢) أو عرض الاسلام على الذي لم يسلم فامتنع فان البينونة تقع بامتناعه ولو لم تمض العدة » .

وقيل أنه لا يشترط عرض الاسلام على من لم يسلم من الزوجين .

فقد جاء في الروض النضير[١] : وذهب المؤيد بالله وخرجه للمذهب الى عدم اشتراط العرض لأن كون الشرط شرطاً حكم شرعي وصفي لا يثبت الا بدليل شرعي ، وما ذكر من الدليل اجتهاد صحابي لا ينهض بالحجة[٢] .

* * *

---

(١) الروض النضير ٦٩/٤ .

(٢) اجتهاد الصحابي الذي اشار اليه هو اجتهاد عمر لما رواه ابن سيرين : ان نصرانياً اسلمت امرأته فقال عمر إن اسلم فهي امرأته وان لم يسلم فرق بينهما فلم يسلم ففرق بينهما .

الاجتهادات القضائية

الفرقة طلاق وليس بفسخ :

في حكم لمحكمة المنيا[1] :

١) الذمية اذا أسلمت وأبى زوجها الذمي الاسلام بعد عرضه عليه فرق القاضي بينهما بطلقة بائنة .

٢) التفريق في هذا المقام تطليق لا فسخ وهو طلاق ينقص العدد بحيث لو أسلم لا يملك عليها الا طلقتين .

لا تقع الفرقة بنفس الاسلام :

في حكم لمحكمة القاهرة[2] :

واذا كان اسلام الزوجة وبقاء زوجها على دينه وامتناعه عن الاسلام موجب للفرقة بينهما ، فان الفرقة لا تقع وقت الاسلام ولكن بعده، لأن السبب في الفرقة ليس هو الاسلام وانما السبب فيها امتناع الزوج عن الاسلام وبعد أن تنتهي عدة الزوجة ، لاحتمال اسلام الزوج في أي وقت قبل انتهاء العدة فتظل زوجة له .

أما اذا اسلم الزوج فلا فرقة :

وفي حكم لمحكمة القاهرة[3] : اذا عرضت المحكمة الاسلام على الزوج فقبل اعتناق الدين الاسلامي ونطق بالشهادتين وقرر أنه بريء من كل دين يخالف الدين الاسلامي لايكون للزوجة حق في طلب تفريقها منه .

---

(١) محكمة المنيا الجزئية الشرعية ١٩٥٣/١/٣ .

(٢) محكمة القاهرة الإبتدائية ١٩٥٦/١٢/٢٣ .

(٣) محكمة القاهرة الإبتدائية ١٩٥٧/٣/١٦ .

اذا كان الزوج غائباً :

في حكم لمحكمة اللبان الشرعية[1] : يعرض الاسلام على الزوج باسلام زوجته فاذا كان غائباً غيبة متقطعة وتعذر وصول العرض عليه فرق بينهما .

اذا أبى الاسلام فرق بينهما :

جاء في حكم لمحكمة الجمالية[2] : « اذا أسلمت الزوجة عرض الاسلام على الزوج فان أسلم بقيت الزوجية بينهما ، والا فرق بينهما لأنه لا يحل لغير المسلم أن يفترش المسلمة ، ولا يصح شرعاً أن تبقى من أسلمت في عصمة زوجها الذي أبى الاسلام ، لا فرق في التفريق ان كان قبل الدخول أو بعده .

في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية[3] :

المقرر شرعاً أن الزوجين اذا كانا كتابيين في دار الاسلام وأسلم أحدهما فان أسلم الزوج فالنكاح باق ، وان أسلمت الزوجة لا تقع الفرقة بنفس الاسلام ، ولكن يعرض الاسلام على الزوج ، فان أسلم بقي النكاح وان أبى فرق بينهما بطلقة بائنة ، سواء أكان ذلك التفريق قبل الدخول أو بعده .

* * *

(١) محكمة اللبان الشرعية ١٣/٤/١٩٤٦ .

(٢) محكمة الجمالية الجزئية ١٨/ /١٩٤٨ .

(٣) محكمة القاهرة الإبتدائية ٣/٩/١٩٥٦ .

ما يعتبر به المرء مسلماً

اذا أسلم أحد الزوجين فهل للقاضي التدخل لمعرفة سبب إسلامه هل الدافع على ذلك هو التدين أم التلاعب للغش والاحتيال ، كما لو أراد التخلص من زوجه ؟ .. وبمعنى هل يكتفي القاضي باسلام أحد الزوجين في الظواهر الخارجية أم أنه يبحث عن البواعث لهذا التغيير .

يرى استاذنا الجليل فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة بعد أن قرر أن الشريعة لا تنظر في الحكم على الشخص بالاسلام الا بالظاهر يقول[1] : ان النطق بالشهادتين يجب الا يقترن بما يدل على التكذيب كأن يعلن شخص اسلامه ، وهو لا ينقطع عن شعائر الدين الذي يعلن أنه تركه أو يعلن اسلامه وهو لا يزال يحمل الصليب فانه في هذه الاحوال ومـــا يشبهها لا يعد مسلما ، لان الشهادة القولية قد اقترن بها ما يكذبها .

وأنه يجب أن يتنبه القضاء الى ذلك ، ويتحققه ان بدرت بوادر تعلن مستور أمره وأنه يخفي ما لا يبديه .

ونحن وان كنا نوافق استاذنا على ما ذهب اليه من أنه اذا اقترنت بالشهادة ما يدل على البقاء على الدين القديم فلا يعتبر اسلاماً . الا أننا نقول ان هذا قل أن يحدث فالذي يعلن اسلامه لا يظهر عليه أي أثر يدل على تمسكه بالديم القديم . وقول استاذنا على القضاء أن يتحقق من ذلك ، فاننا نقول ان ما يبدر ممن يسلم من بوادر عوده الى دينه القديم هو أمر طارىء بعد اعلان اسلامه .

ويقول الاستاذ حلمي بطرس في كتاب الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين[2]

---

(١) الأحوال الشخصية محمد أبو زهرة ص ١٠٠ .

(٢) الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين حلمي بطرس ص ٥٣ .

والواقع ان من يغير ديانته بديانة أخرى لمجرد التخلص من التزاماته التي كان قد ارتضاها بمحض اختياره لا يعتنق الديانة الجديدة ، انما يتظاهر بذلك غشاً وكذباً للتحايل على اهدار الحقوق المكتسبة للطرف الآخر .

واقراره على تصرفه في هذه الحالة ، معناه تشجيع الغش ومعاونة المتلاعبين بالاديان على التهرب من قانونهم الطبيعي الذي قصد المشرع أن تحكم به تصرفاتهم .

هذا يدل على ان قصد المؤلف أن يبحث القاضي في اسلام من يغير ديانته لمعرفة سبب ذلك منعاً للاحتيال . وكأنه يفترض ان كل من يغير دينه لا يقصد الا التهرب من حقوق مكتسبة للطرف الاخر .

وقد حاولت اللجنة الفرعية المكلفة بوضع مشروع قانون للاحوال الشخصية لغير المسلمين وضع مادة بهذا المعنى جاء فيها : لا يكون لتغيير أحد الزوجين ديانته غشاً أثناء قيام الزوجية أثر على الزواج ولا على الحقوق والالتزامات المترتبة عليه .

على ان اللجنة العامة للاحوال الشخصية حذفتها وكانت موضع نقد شديد من رجال القانون .

وقال الدكتور احمد سلامه[1] : بعد ان انتقد هذه المادة : وقد يهون الأمر اذا كان من اعتنق الاسلام هو الزوج ولكن ماذا يكون عليه القول لو أن التي أسلمت هي الزوجة ، هل تبقى زوجة لغير المسلم مع ان قواعد الشريعة الاسلامية ، التي تصل الى مرتبة النظام العام في هذا الصدد توجب التفريق بينهما .

* * *

ونحن نقرر ان اسلام الشخص لا يجوز لأي فرد أن يتدخل فيه لأنه أمر نفساني وعلى القاضي الحكم بالظاهر لا بما يخفى عليه .

---

(١) الاحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور احمد سلامة ١/٢٧٠ .

وهذا ما دلت عليه نصوص الفقهاء واجتهادات المحاكم[1] .

فقد جاء في فتاوى الرملي[2] : سئل هل يشترط في اسلام المرتد التلفظ بالشهادتين لظاهر بني الاسلام على خمس وغيره .

فأجاب : اذا ادعى على شخص أنه ارتد وهو ينكر لم أكشف عن حقيقة حاله بل أقول اشهد ان لا اله الا الله وان محمداً رسول الله وان تبرأ من كل دين يخالف الاسلام .

وافتى السبكي : بأن من تلفظ بالكفر ثم جاء القاضي وتلفظ بالشهادتين كان لـــه الحكم باسلامه من غير أن يبين له ما صدر منه .

وفي الفتاوي الحامدية[3] : هل تكفي الشهادتان أم لا بد من التبرىء من كل دين غير الاسلام ؟ ...

جاء في الدر المختار وفتاوى ابن نجيم : وافتى التمرياشي بأنه يحكم باسلامه اذا تلفظ بالشهادتين وان لم يتبرأ ولم يتابع .

وجاء في شرح الدواني على العقائد العضدية[4] .

التلفظ بالشهادتين شرط لاجراء الاحكام في الدنيا فلا بد من التلفظ علانية وعند الحكام .

وقال : ولما كان التصديق أمراً مبطناً اعتبر معه ما يدل عليه وهو التصديق اللساني في الاقرار .

وقال الغزالي في احياء علوم الدين[5] الدرجة السادسة أن يقول بلسانه لا اله الا الله

---

(١) جاء في فتاوي الرملي ٤/٤٠ : والمذهب الذي قطع به الجمهور أن كلمتي الشهادة لا بد منهما ولا يحصل الاسلام إلا بهما ومن أتى الشهادتين بكلمة تخالف معتقده حكم باسلامه فاذا قال لا إله إلا الله جعل مسلماً وعرض عليه شهادة الرسالة . فان أنكر صار مرتداً . واليهودي إذا قال محمد رسول الله حكم باسلامه .

(٢) فتاوي الرملي ٤/٢٠ .

(٣) الفتاوي الحامدية ١/١٠٠ .

(٤) شرح الدواني على العقائد العضدية الطبعة الاولى ١٣٢٢ المطبعة الخيرية وحاشية الشيخ محمد عبده —

(٥) الاحياء ١/١١٧ طبعة عيسى البابي .

محمد رسوالله ولكن لم يصدق بقلبه فلا نشك في أن هذا في حكم الاخرة من الكفار وأنه مخلد في النار ولا نشك في أنه في حكم الدنيا الذي يتعلق بالائمة والولاة من المسلمين لان قلبه لا يطلع عليه .

وفي التحفة العراقية في الاعمال القلبية لابن تيمية[1] :

ولهذا كان الاسلام شهادة ان لا اله الا الله وهي متضمنة عبادة الله وحده وترك عبادة ما سواه .

هذه نصوص مختلفة من كتب الفقه والفتاوي والعقائد تثبت على أنه ليس للقاضي البحث وراء نية المرء اذا ما أعلن اسلامه ، فالشهادة تكفي لاعلان الاسلام والله سبحانه وتعالى هو الذي يطلع على ما وراء ذلك .

وهذا ما قررته محكمة النقض المصرية[2] :

الاعتقاد الديني مسألة نفسانية فلا يمكن لأية جهة قضائية البحث فيها الا عن طريق المظاهر الخارجية فقط .

فاذا ما غير شخص دينه أو مذهبه رسمياً فانه من وقت هذا التغيير لا يعتبر خاضعاً الا لاحكام الدين أو المذهب الجديد .

ولا ينبغي للقضاء أيا كانت جهته أن ينظر الا في توافر تلك المظاهر الخارجية الرسمية لاعتناق هذا الدين أو المذهب الجديد . واذن فلا يصح التحدي من أحد الزوجين قبل الاخر بأن له حقـاً مكتسباً في استبقاء عروة الزوجية معقودة طبقاً للقانون الذي كان يحكم به قبل تغيير الزوج الاخر مذهبه .

وفي حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية[3] :

لا يجوز البحث عن الباعث على اعتناق الدين الجديد وفي هذه الحالة تتحدد الجهة القضائية وفق الديانة الجديدة ذلك لان الاعتقاد الديني مسألة نفسية محضة ولا يمكن لأي

---

(١) التحفة العراقية في الاعمال القلبية لابن تيمية ص ٩ المطبعة الخيرية .

(٢) محكمة النقض المصرية ١٩٣٦/١٢/٣ المجموعة القانونية ص ١١٨ ج ١

(٣) محكمة القاهرة الإبتدائية ١٩٥٧/١٠/٢٧ صالح حنفي ٢١٦/٢ .

جهة قضائية البحث فيها الا عن طريق المظاهر والاجراءات الرسمية التي يتطلبها القانون بتغيير الديانة أو المذهب ومن يعتنق ديناً معيناً لا يسأل عن الباعث له على اعتناقه وتترتب الاثار الخاصة بتغيير الدين من وقت وقوعه بصرف النظر عن وجود التحايل أو عدم وجوده .

وفي حكم لمحكمة الاسكندرية[1] :

١) الاعتقاد الديني مسألة نفسية بحتة فمتى غير الانسان دينه أو مذهبه فلا يخضع من وقت التغيير الا لاحكام هذا الدين أو المذهب الجديد ولا يمكن لاية سلطة قضائية البحث فيها الامن جهة توافر المظاهر الخارجية الرسمية لاعتناقه هذا الدين أو المذهب الجديد .

٢) ليس للمحكمة أن تبحث وراء الباعث له على سلوكه هذا المسلك .

٣) بمجرد اعتناق الشخص للاسلام يعطي أحكامه ولا يقبل فيه الدفع بالصورية أو الغش أو التدليس .

وهكذا فان القضاء قد استقر في مصر على عدم البحث عن الباعث على تغيير دين أحد الزوجين الى الاسلام . لان الاسلام قضية اعتقاد وايمان بالقلب والقاضي يحكم بالظاهر الذي يعتبر دليلاً على الباطن .

* * *

ماذا وراء البحث عن الباعث على اسلام احد الزوجين ؟ ..

يقول انصار مشروع قانون الاحوال الشخصية الذين نصوا على وجوب البحث عن الباعث على اسلام أحد الزوجين قبل حذف المادة المذكورة أن تغيير دين أحد الزوجين لا يكون غالباً ، الا للتخلص من الحياة الزوجية ، فاذا أسلم الزوج أو الزوجة سرعان ما يطلق الزوج زوجته أو تنفصل الزوجة عن زوجها بحكم القانون ، فيعود كل منهما الى

---

(١) محكمة الاسكندرية الإبتدائية الشرعية ٩ رجب ١٣٥٧ في ٤ سبتمبر ١٩٣٨ المحاماة س ١ ع ٢ .

دينه ، فهذا دليل على الغش والاحتيال والتلاعب بالاديان .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ان الزوج الاخر الذي بقى على دينه يتضرر من ذلك كما لو أسلم الزوج ولم يطلق زوجته . مثلا ، فأي ضرر أكبر من أن تعيش مسيحية تحت مسلم يختلف عنها في التفكير والعقيدة .

فأمامنا اذن أمران :

١) الحيلولة دون الغش والاحتيال في اسلام أحد الزوجين .

٢) رفع الضرر عن الزوج الآخر الذي بقي على دينه .

لنرى اذن علاج هذين الامرين في الشريعة الاسلامية باعتبارها القانون العام للاحوال الشخصية ، وانها القانون الواجب التطبيق في حال اختلاف دين الزوجين .

اولاً : الامر الاول

فقد تكفلت الشريعة الاسلامية بعلاجه علاجا حكيما يقضي فيه على التلاعب والتدليس وهو ان من يسلم ثم يتبين ان اسلامه لم يكن عن عقيدة ورجع الى دينه ، يعتبر مرتداً تطبق عليه أحكام المرتدين فيقتل ان لم يتب ولا يورث ولا يرث وتبطل جميع تصرفاته . واذا كنا اليوم لا نملك حد القتل باعتبار خضوعه لقانون اجنبي عن الشريعة الاسلامية فنستطيع أن نطبق عليه أحكام الاحوال الشخصية التي تخضع للشريعة الاسلامية فنبطل كل تصرفاته من زواج وطلاق وميراث ووصية .

وهكذا نجد ان العقوبة الفعالة التي تجعل احد الزوجين يفكر حينما يغير دينه: هل هذا التغيير عن عقيدة وايمان فيقدم أم أنه للاحتيال والغش والتدليس ، وأنه اذا عاد الى دينه فستطبق عليه أحكام المرتد فيحجم حينئذ .

فماذا يريد أنصار هذا الرأي أكثر من هذا ؟ .. اللهم الا اذا كانوا لا يريدون ان يغير أحـــد من الناس دينه ، ان في هذا ضمان لسوء النية في اسلام أحد الزوجين .

واني أنقل هنا بعض ما كتبه فضيلة الاستاذ المرحوم الشيخ أحمد ابراهيم[1] في أحكا المرتدين :

---

(١) مجلة القانون والاقتصاد السنة الاولى العدد الاول ص ١٦ .

اذا تزوج مسيحي مثلا ثم أسلم الزوج وطلق زوجته المسيحية ، ثم تزوج باخرى مسلمة ثم بدا له أن يعود مسيحيا كما كان فان صنيعه هذا يعتبر في نظر الشريعة الاسلامية ردة منه على الاسلام الذي اختاره دينا له ، سواء أكان جادا في اختياره أم هازلا ، وعلى ذلك تبين منه زوجته المسلمة ، وترثه اذا مات وهي في العدة ، ولا يجوز له أن يتزوج بعد ذلك بأية امرأة كانت ، لا مسلمة ولا كتابية ولا ذات دين آخر ، ولا مرتدة لأنه أصبح لا ملة له في اعتبار الشرع الاسلامي .

وكذلك غير المسلمة سواء أكانت كتابية أم غير كتابية اذا أسلمت ثم رجعت عن الاسلام فانها تعتبر مرتدة لا ملة لها تقر عليها ، فلا يجوز لها أن تتزوج بأي انسان كان .

* * *

وها اني أورد مجموعة من أحكام المرتدين حكم بها القضاء المصري أمثلة على ذلك :

جاء في حكم لمحكمة المنصورة[1] :

النصوص الشرعية مجمعة على أن المرتدة لا دين لها وان عقد زواجها باطل لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزوجية ويجب عليها أن تفترق عمن تزوجها والا فرق بينهما القاضي .

وفي حكم آخر لمحكمة القاهرة الابتدائية [2] :

المتفق عليه شرعا أن المرتد لا يرث غيره اطلاقا سواء كان والده أو غير والده .

وفي حكم لمحكمة الاسكندرية [3] :

---

(١) استئناف المنصورة دائرة الزقازيق ١٩٥٨/٥/٢٨ .

(٢) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٧/٢/١٨ .

(٣) محكمة الاسكندرية الابتدائية ١٩٥٦/١٠/٧ .

اذا طلب الزوج المسيحي الحكم بطلاق زوجته التي كانت مسلمة وارتدت فطلبه لا يلتفت اليه شرعا اذ لا عقد ولا نكاح بينهما ، لان ما تم بينهما وقع والزوجة مرتدة ، والردة منافية للنكاح والطلاق رافع له ، وكل ما تملكه المحكمة ويجب عليها عمله هو الحيلولة بينهما لان معاشرتهما لا تقرها الشريعة الاسلامية .

وجاء في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية[1] :

اذا عقد الزوج وكان مسلماً ثم رجع عن الدين الاسلامي بعد ذلك واعتبر بذلك مرتداً فنجري عليه أحكام الردة في الشريعة الاسلامية ومن مؤداها الفسخ العاجل لعقد زواجه بلا قضاء للطلاق الصادر منه لا نه صدر في وقت لا يملك صاحبه فيه اصداره وبذلك يكون طلب الزوجة للطلاق في محله وكذا الحكم لها بمنع تعرض الزوج لها في أمور الزوجية ويتعين لها الحكم بذلك من تاريخ ارتداده .

وفي حكم أيضاً لمحكمة القاهرة الابتدائية[2] :

قالت فيه ان زواج المرتدة يقع باطلاً شرعاً .

وفي حكم لمحكمة طنطا[3] : المرتد لا دين له وزواجه باطل شرعاً ولو بمرتدة مثله .

وأما الأمر الثاني : وهو عدم الحاق الضرر بالزوج الآخر الذي بقي على دينه والضرر غالباً ما يلحق بالزوجة أكثر من الزوج فاذا ما أسلم الزوج ، ولم يطلق زوجته فأننا نرى أن لها الحق في أن تطلب التطليق من القاضي حسب أحكام الشريعة الاسلامية .

ولقد اطلعت في هذا الموضوع على ثلاثة آراء :

الرأي الاول :

ان للزوجة أن تطلب التطليق للضرر الذي يصيبها من تغيير دين زوجها حسب أحكام

---

(١) محكمة القاهرة الإبتدائية ١٩٥٧/١١/٢٣ .

(٢) محكمة القاهرة الإبتدائية ١٩٥٨/٤/٢٧ وجاء في حاشية ابن عابدين ٤٠٧/٢ ولا يصح أن ينكح مرتد أو مرتدة أحد من الناس مطلقاً .

(٣) محكمة طنطا الجزئية الشرعية ٢٧ ذي القعدة ١٣٥٠ في ٣ ابريل ١٩٣٢ .

الشريعة الاسلامية اذا ما حاول الزوج التأثير عليها .

يقول الدكتور اهاب اسماعيل[1] : في الحالة التي يغير الشخص فيها ديانته ثم يبدأ في التأثير على زوجته لكي تغير من دينها بطريقة تأباها حريتها نستطيع أن نعتبر مثل هذا الأمر ضرراً يلحقة الزوج بزوجته تتعذر معه العشرة بالنسبة لامثالها وهذا كله يتم طبقاً للشريعة الاسلامية .

الرأي الثاني :

للزوجة أن تطلب التطليق بناء على أحكام شريعتها للنفور والضرر الناشيء المتولد عن اسلام زوجها .

يقول الاستاذان نمر وحبشي [2] : معاشرة الزوجة المسيحية لزوجها المسلم في هذه الحالة تصطدم مع عقيدتها الدينية اذ ان اعتقادها بأنه على خلاف في عقيدته يؤدي الى النفور منه والى تحذير الاولاد من اتباعه فيحل الشقاق والبغضاء بينهما محل المحبة والسلام وبذلك يتحقق الضرر .

الرأي الثالث :

لا يرى في اسلام الزوج ضرراً على الزوجة ولو حاول الزوج فرض الاسلام على زوجته وفق أحكام الشريعة الاسلامية .

يقول الدكتور شفيق شحاته[3] : « وقد ذهب رأي الى أنه يجوز الحكم بالتطليق اذا ارتد أحد الزوجين عن المسيحية بعد قيام الزوجية ولو كان ارتداده الى الاسلام تطبيقاً لحكم المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الذي يجيز للزوجة « اذا ادعت اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها » .

ولكنا نرى ان في هذا التخريج تحميلا للنص أكثر مما يحتمل ، فالضرر الناشيء عن

---

(١) اهاب اسماعيل ص ٢٤٠ — ٢٤٢ .

(٢) الاحوال الشخصية لغير المسلمين نمر وحبشي ص ٣٢٨ .

(٣) الاحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور شفيق شحاته ٤/٩٠ .

محاولة الزوج فرض الاسلام على زوجته ، ضرر في نظر الشريعة المسيحية ، وهو ليس كذلك في نظر الشريعة الاسلامية ؛ والفرض ان القاضي يطبق أحكام الشريعة الاسلامية .

رأينا في الموضوع

ان القانون الذي يطبق في هذه الحالة هو الشريعة الاسلامية لاختلاف دين الخصوم والشريعة الاسلامية تعترف بالضرر الناشيء عن اسلام أحد الزوجين بالنسبة للآخر ، فإذا ما قام الزوج بمحاولات لحمل زوجته على تغيير دينها ونشأ عن ذلك شقاق ونزاع وضرر فللزوجة أن تطلب التطليق للشقاق وللضرر لا لتغيير الدين ، لأنه قد يحدث العكس أي يسلم الزوج ويبقى مع زوجته دون أن يحاول فرض رأي أو عقيدة أو مبدأ معين على زوجته فأي ضرر بهذا ؟ ..

غير أننا نرى تمشياً مع المصلحة الزوجية وخاصة مصلحة الاولاد أن تطلب الزوجة التطليق أخذا من الشريعة الاسلامية نفسها — فقد قال جمهور الزيدية : اذا أسلم أحد الزوجين انفسخ النكاح بينهما[1] :

وفي هذا الحل ضمان لمصلحة الزوجين والاولاد لان الامر في حال تغيير الدين أثناء الزوجية يختلف في حال التعاقد على الزواج . لأنه وان كان يصح زواج المسلم بالكتابية ولكن هذا مبني على الرضا التام من الزوجين بدين كل منهما أما طروء تغير الدين أثناء الزواج ، فالأمر فيه يختلف .

وعلى هذا فللزوجة اذا ما أسلم زوجها أن تطلب التطليق من القاضي وعليه أن يجيبها الى ذلك .

* * *

ومما تقدم يتبين لنا أنه لا يجوز للقاضي التدخل لمعرفة الباعث على سبب تغيير أحد الزوجين دينه سواء كان لنية حسنة أم كان للغش والاحتيال .

---

(١) البحر الزخار ٣/٧٠ .

وان لنا من نظام المرتد في الشريعة الاسلامية ما يحول دون التلاعب بالاديان والتغيير من دين الى دين وذلك بتطبيق العقوبات المقررة على المرتد من حرمانه من الميراث والزواج والطلاق الى آخر ما هنالك من أحكام زاجرة تجعل الشخص حين يقدم على تغيير دينه يفكر طويلا بالنتائج التي سوف تترتب على عمله .

وقد رأينا المحاكم كيف تسير في أحكام المرتدين ولهذا فأننا نرفع صوتنا مطالبين بعدم الاستجابة لتلك المطاليب التي تريد أن تجعل من القاضي مشرفا على قلب المرء لتعرف هل اسلامه عن نية حسنة أم عن غش واحتيال .

كما نعطي للزوجة التي تقيم على دينها فيما لو أسلم زوجها حق طلب التطليق حسب أحكام قواعد الشريعة الاسلامية أخذا من المذهب الزيدي الذي لا يجيز جمهورهم نكاح الكتابية ويفسخون عقد الزواج فيما لو طرأ تغيير دين أحد الزوجين أثناء الحياة الزوجية.

ولا يجوز في رأينا جعل أساس هذا التفريق الضرر لان اسلام الزوج لا يعتبر ضرراً بالزوجة في دولة دينها الرسمي هو الاسلام .

* * *

المبحث الثاني

اثر تغيير الدين في اليهودية والمسيحية

الفرع الاول

اثر تغيير الدين في اليهودية على الزواج :

يشترط لصحة الزواج في شريعة اليهود ان يكون الزوجان من دين واحد ومذهب واحد فان اختلفا ديناً أو مذهباً فالعقد باطل .

ومصدر ذلك ما جاء في الآية الثالثة من الاصحاح السابع من سفر تثنية الاشتراع : « ولا تصاهرهم ، بنتك لا تعط لابنه وبنته لا تأخذ لابنك » .

جاء في المادة ١٧ من كتاب الاحوال الشخصية لطائفة الربانيين : الدين والمذهب شرط لصحة العقد فاذا كان أحد الاثنين من غير الدين او من مذهب اخر فلا يجوز العقد بينهما والا كان باطلا .

أما اذا طرأ تغيير الدين أثناء الزواج كأن يسلم أحد الزوجين أو يتنصر فالفرقة تقع بينهما بمجرد الردة عند طائفة القرائين . أما عند الربانيين فلا بد من الطلاق والعقد قائم ما لم يطلق الزوج .

جاء في شعار الخضر للقرائين[1] : المرتد زوجها حل للكل بلا طلاق .

ونصت المادة ٣٢٣ للربانيين : اذا اعتنق أحد المتعاقدين ملة أخرى فلا يزال عقدهما قائماً حتى يحصل الطلاق .

---

(١) شعار الخضر ص ٨٨

الفرع الثاني

اثر تغيير الدين في المسيحية على عقد الزواج

الاقباط الارثوذكس

لا يجوز الزواج مع اختلاف الدين حسب ما جاء في قوانين ابن لقلق حيث نص على ان لا يتزوج مؤمن بغير مؤمنة [١] .

غير ان ابن العسال شرح الامر اكثر وضوحاً فقال : « للرجل المؤمن ان يتزوج بغير المؤمنات بشرط دخول الزوجة في الايمان . فاما النساء المؤمنات فلا يتزوجن بالرجال الخارجين عن الايمان لئلا ينقلوهن الى مذاهبهم ويخرجونهن من الايمان [٢] » .

وجاء في الخلاصة القانونية [٣] : « واما الاسباب الاخرى فتمنع الزواج من قبل وتبطله لو اتفق حصوله وهي ثلاثة : عدم النصرانية . وزنا المرأة المشتهر المحقق . والارتباط بشكل الرهبنة » .

ونصت المادة ٢٣ من مجموعة ١٩٥٥ ، للاقباط الارثوذكس : لا يجوز الزواج لدى الكنيسة القبطية الارثوذكسيين إلا بين مسيحيين ارثوذكسيين .

---

(١) ملحق المجموع الصفوي ص ٤٤١ .
(٢) المادة ٩٦ من المجموع الصفوي .
(٣) الخلاصة القانونية ص ٢٤ .

وفي هذا يقول الاستاذ حلمي بطرس [1] : « من القواعد المقررة في القانون الكنسي لجميع المذاهب المسيحيةان زواج الشخص المسيحي بشخص غير مسيحي باطل مطلقاً».

ولكن الدكتور شفيق شحاته يقول بعد أن أورد نصوص ابن لقلق وابن العسال السابقة :

« ويتضح من هذه النصوص ان المانع يقوم في الشريعة القبطية عندما يكون الزوج غير مؤمن ، وهو لا يقوم اذا كان غير المؤمن هو الزوجة [2] » .

هذا اذا كان اختلاف الدين حين عقد الزواج ، أما اذا طرأ تغيير الدين اثناء الزواج فقد قال ابن العسال [3] :

« وان كان اخ له امرأة ليست بمؤمنة وهي تحب ان تقيم معه فلا يتركها ، وان كانت امرأة من أهل الايمان لها زوج غير مؤمن ويحب الرجل ان يقيم معها فلا تفارق بعلها فان الرجل الذي لا يؤمن يطهر بالمرأة المؤمنة والمرأة التي لا تؤمن تطهر بالرجل ... فان أراد الذي لا يؤمن منهما الفرقة فليفارقه صاحبه » .

وجاء في المادة ٥١ من قانون ١٩٣٨ : اذا خرج احد الزوجين عن الديانة المسيحية وانقطع الامل من رجوعه اليها جاز للزوج الآخر طلب الطلاق » .

أما مجموعة ١٩٥٥ — للاقباط الارثوذكس فقد خالفت ذلك ، اذ نصت في المادة ٤٩

« ينفسخ الزواج اذا خرج احد الزوجين عن الدين المسيحي » .

ويعلق الاستاذ تادرس ميخائيل على ذلك بقوله [4] :

« وهذا مبني على ما يعتقده المسيحيون من ان الزواج سر مقدس فاذا خرج الزوج عن دينه اصبح مهدداً لا في عقيدته فحسب بل وفي كيان الزوجية [5] » .

---

(١) الاحوال الشخصية حلمي بطرس ٢١١ .

(٢) شفيق شحاته ٤/٧٥ .

(٣) المجموع الصفوي م ٩٩ .

(٤) الاحوال الشخصية تادرس ميخائيل ص ١٠٢ .

(٥) جاء في كتاب اسرار الكنيسة السبعة ١٩٠٩ : قال بولس الرسول : أيها الرجال أحبوا نساءكم كما أحب المسيح أيضاً الكنيسة — وعلى هذا المعنى يكون الزواج سراً عظيماً .

الروم الارثوذكس

وكذلك جاء في المادة ١٤ للروم الارثوذكس : لكل من الزوجين ان يطلب الطلاق في حالة ارتداد احد الزوجين عن الديانة المسيحية .

الارمن الارثوذكس

جاء في المادة ٤٢ من قانونهم : يجوز لاحد الزوجين ان يطلب الطلاق اذا ارتد الزوج الآخر عن دينه .

ومن هذه المواد نلاحظ ان التفريق بين الزوجين لتغيير دين احدهما هو امر اختياري بالنسبة لمن بقي على دينه فان شاء الرضا بما حصل فالزواج باق والا فله حق طلب التطليق .

التحول من مذهب لاخر

اذا تحول المسيحي من مذهب الى آخر فلا ينفسخ النكاح عند الاقباط الارثوذكس . اما عند الكاثوليك فيعتبر من اسباب الانفصال الجسماني حسب ما جاء في القانون ١٢٠ من الارادة الرسولية .

البروتستانت

ونصت المادة ١٨ من قانون البروتستانت على انه لا يجوز الطلاق الا في حالتين :

١) زنا احد الزوجين .

٢) اذا اعتنق احد الزوجين ديانة اخرى غير الديانة المسيحية ، وطلب الزوج الآخر الطلاق .

ونصت المادة ١٩ : لا يحكم بالطلاق الا لصالح الزوج الذي بقي على دينه .

ملحق

وقبل ان اختم بحثي فاني اضع بين يديّ القارىء الكريم هذا الملحق لأبين فيه نسبة الطلاق وما يشاع حولها ، وما هي حقيقة الأمر ، وهل صحيح ان الطلاق مدرسة للمشردين تزداد نسبة التشرد بازدياد حوادث الطلاق ؟ ..

في الجمهورية العربية المتحدة

عدد المتزوجين والمطلقين

	عدد المتزوجين	عدد المطلقين
عام ١٩٥٨	٢٢٨٠١٨	٦٠٠٤٤
عام ١٩٥٩	٢٢٠٥٥٧	٦٠٧٧٥

وسندرس اسباب الطلاق بالنظر الى اعتبارات عدة :

بالنظر الى المتسبب في الطلاق

عام	اسباب الطلاق من الزوج	اسباب الطلاق من الزوجة	اسباب مشتركة
١٩٥٨	٢٠٤٨٩	٩٩٦٩	٢٩٥٨٦
١٩٥٩	٢٠٤٤٦	٩٣٠٣	٣١٠٢٦

اي ان عدد حوادث الطلاق التي تسبب بها الزوج في عام ١٩٥٨ هي ٢٠٤٩٨ من اصل عدد المتزوجين لنفس العام ٢٢٨٠١٨ وفي عام ١٩٥٩ هي ٢٠٤٤٦ من اصل ٢٢٠٥٥٧ .

بالنظر الى عدد الاولاد

عام ١٩٥٨	عدد المطلقين	النسبة المئوية	عام ١٩٥٩	عدد المطلقين	النسبة المئوية
لا أولاد	٤٣٧٧٤	٧٢,٩		٤٤٠٣٣	٧٢,٥
ولد واحد	٩٥٢٧	١٥,٩		٩٥٠٤	١٥,٦
ولدان	٣٥٨٤	٦		٣٨٠٢	٦,١
ثلاثة اولاد	١٧٦٦	٢,٩		١٨٨٩	٣,١
اربعة اولاد	٧٨٥	١,٣		٨٦٤	١,٤
خمسة اولاد	٧٨٥	١,٣		٨٦٤	١,٤
أكثر من خمسة اولاد	٣٥٨	٠,٦		٣٨٠	٠,٦

بالنظر الى مدة الزواج

عام ١٩٥٩	العدد	النسبة المئوية	عام ١٩٥٨ العـــدد	النسبة المئوية
خلال ٦ شهور من الزواج	١٥٧١٩	٢٦,٣	١٦٥٢٥	٢٧,٢
خلال سنة	١٠٧٣٣	٢٦,٣	١٩٨٨٩	١٧,٩
خلال سنتين	٧٥٤٧	١٢,٦	٧٣٩٦	١٢,٢
ثلاث سنين	٥٣٠١	٨,٨	٥٠١٣	٨,٣
اربع سنوات	٣٨١٩	٦,٤	٣٨٣١	٦,٣
خمس سنوات	٢٨٢٨	٤,٧	٢٨٢٦	٤,٦

بالنظر الى عدد المطلقين في العاصمة وبقية المدن

عام ١٩٥١	عدد المتزوجين	حوادث الطلاق	النسبة
القاهرة	٣٢٨٩٥	١٤٥٧٣	٤٥
الاسكندرية	١٣٥٨١	٥٠٩٨	٣١
البحيرة	١٧٠٣١	٢٦٥٥	١٥
اسيوط	١٧٨٨٠	٣٤٤٦	١٨

الجمهورية العربية السورية

عدد المتزوجين والمطلقين

	عدد المتزوجين	عدد المطلقين
عام ١٩٥٧	٣٠٥٢٤	٢٢٤٨
عام ١٩٥٨	٣٧٥٩٦	٢٨٤٩

بالنظر الى المتسبب في الطلاق

	اسباب الطلاق من الزوج	اسباب الطلاق من الزوجة
عام ١٩٥٨	٢٣٩٤	٤٥٥

بالنسبة الى مهنة الزوج

عام ١٩٥٨ عدد المطلقين من العمال ١٤٦٨

بالنظر الى مهنة الزوج

من الموظفين	٤٠٥
من التجار	١١١
مهن حرة	٥٣٣
من الملاك	٣٣٢

بالنظر الى عدد الاولاد

عام ١٩٥٨	لا اولاد للمطلقين	١٨٨٩
	ولد واحد	٤٦٣
	ولدان	٢٢٢
	ثلاثة اولاد	١١٨
	اربعة اولاد	٨٧
	٥ فأكثر	٦٠

بالنظر الى مدة الزواج

عام ١٩٥٨	مدة الزواج اقل من سنة	
	عدد حوادث الطلاق	٢٦٢
	١ — ٢	٧٢٢
	٣ — ٤	٤٦٤
	٥ — ٩	٥٣٧

بالنظر الى عدد المطلقين بالعاصمة وغيرها من المدن

	عدد المطلقين	من اصل متزوج
مدينة دمشق	١١٦٨	٦١٥٩
محافظة دمشق	٣٣٦	٤٦٦٤
حمص	٢٣٦	٢٦١٤
حماه	١٢٤	٢٢٨٨٥
حلب	٦٥٤	١١١٥٧
الحسكة	١٤	١٢٩٨
السويداء	١٧٠	١٥٧٥
درعا	٦٠	٢٧٠٥

عدد المتزوجين والمطلقين من ١٩٦٣ ــ ١٩٦٦ حسب المحافظات السورية

	الزواج				الطلاق			
المحافظة	١٩٦٣	٦٤	٦٥	٦٦	٦٣	٦٤	٦٥	٦٦
المجموع العام	٣٠٣٦٣	٣٤٧٧٦	٣٤٦١٩	٣٥٦٥٣	٣١٩٨	٣١٧٣	٣١٩٧	٣٢٠٣
مدينة دمشق	٥٧١٤	٦٣٤٩	٦١٢٠	٥٩٤٦	١١٤٩	١٢٠٤	١٠٩٥	١١٨٢
محافظة دمشق	٢٤٧٠	٢٧٥٠	٢٧٩٣	٢٧٢٥	٢٢٨	٢٢٨	٢٣٠	٢٣٩
مركز المحافظة	٣٠٨	٣٩٤	٦٩٥	٥٨٣	٢	٣	٢٥	٢٤
دومـــا	٨٤٩	٩٢٥	٦٤٣	٦٠٠	١٢٥	٨٦	٦٠	٦٧
محافظة حمص	٢٥٨٤	٢٩٤٦	٣٢٣٢	٣٤٠٨	٢١٩	٢٣١	٢٤٦	٢٥٣
« حماه	٢٥٤٠	٢٩٨٩	٣٤٨٣	٣١٣٧	٢٢٤	٢٠٠	١٨١	١٣٨
« اللاذقية	٣٤٣٦	٤٧٠٧	٥٠٢٢	٥٥٢٢	١٩٨	٢١١	٢٥٩	٢٤٧
« أدلب	٢٦٨٧	٢٦٠٣	٢٥٢٥	٢٤١٩	١٧٣	٢٠٥	١٩٥	١٦١
محافظة حلب	٦٣٤٨	٧١٧١	٦٠٢٣	٦٥١٨	٥٩٧	٥٩٢	٥٦٥	٥٦٣
« الرقه	٢٤٠	٥٥٧	٥٩١	٤٧٨	٧	٢١	١٤	٧
« دير الزور	٧٨٤	٨٨٣	٩٦٢	١١٥٢	٦١	٧٨	١٠٩	١٠٩
« الحسكه	٦٢٩	٤٦٨	٤٦٧	٤٥٤	١٧	٢١	١٧	١٦
« السويداء	١٣٥٤	١٢٣٤	١٣٧٦	١٤٦٣	١٧٨	١٤٨	١٦٧	١٦٨
« درعا	٩٥٦	١٢٣٨	١٢٢٧	١٦٠١	٦١	٧٧	٦٩	٧٠
« القنيطرة	٦٢١	٨٨١	٧٩٨	٨٣٠	٤٥	٥٧	٥٠	٥٠

عدد حوادث الطلاق بالنسبة للمهنة ومدة الزواج وعدد الاولاد لعام ١٩٦٦

المجموع ٢٩٠٠

بالنسبة للمهنة	العدد
عامل زراعي	٥٢٤
عامل عادي	٩٦٠
موظف	٤١٩
تاجر	٤٩١
مهنة حرة	٨٢٣
مالك	١٦
لا يعمل	٧١

بالنسبة لمدة الزواج

أقل من سنة	٨١٠
١ — ٢	٦٧٤
٣ — ٤	٥٠٦
٥ — ٩	٤٣١
١٠ — ٢٠	٣٤٣
٢١ فأكثر	١٦٦

بالنسبة لعدد الاولاد

لا أولاد لهم	٢٠٠٨
١	٣٨٦
٢	١٩٨
٣	١٣٢
٤	٧٨
٥	٩٨

	عدد المتزوجين	عدد المطلقين
عام ١٩٥٦	١٢٢١٦	١٩١٥
عام ١٩٥٧	١٦٩٩٣	١٨٢٥

بالنظر الى عدد الاولاد

عام ١٩٥٧	عدد المطلقين من لهم اولاد	١٥٤
	عدد المطلقين من ليس لهم اولاد	١٦٧١

بالنظر الى مدة الزواج

		عدد حوادث الطلاق
عام ١٩٥٧	مدة الزواج أقل من سنة	٢٨٢
	١ — ٤	٢٨٠
	٥ — ٩	٣٢٣

بالنظر الى عدد المطلقين بالعاصمة وغيرها من المدن

	عدد المطلقين	من أصل متزوج
محافظة العاصمة	٥٠٣	٢٦٦٢
البلقاء	١١١	٩٧٧
عجلون	٢٣٦	٣٦٤٣
الكرك	١٠٨	٦٧٥
معان	٢٩	١٢٨
القدس	٤٠٢	٣٧٨٣
نابلس	٢٢٧	٤١١١
الخليل	١٠٩	١٥٩٠

* * *

ملاحظات واقتراحات

١ — يلاحظ أن نسبة الطلاق في مصر أعلى نسبة من أي بلد آخر . وسبب ذلك في رأيي لا يعود إلى نظام الطلاق لأنه تشريع موحد تقريباً في جميع البلاد العربية ، فلو كانت هذه النسبة موجودة في جميع البلدان العربية لقلنا ان سبب انتشار حوادث الطلاق يعود إلى التشريع نفسه ، أما وأن الأمر على خلاف ذلك فيجب أن نبحث عن أسباب هذه الزيادة الفاحشة في مصر وحدها لنعرف أسباب ذلك .

٢ — إن أسباب الطلاق قد تعود إلى الزوج أو الزوجة أو كليهما ، فالزوج حين يتسبب بالطلاق أو يطلق هو المسؤول في هذه الحالة فقط ، أما الطلاق بناء على طلب المرأة أو بناء على اتفاق الزوجين فلا يرى عليه أي نقد طالما ان الأمر تم باذن القاضي وبحكمه ، أو باتفاق الزوجين .

وفي رأيي أن ما يوجه اليوم من نقد إلى الطلاق فيجب أن يكون محصوراً في دائرة الطلاق بارادة الرجل المنفردة ، وهـذا قليل جداً إذ يكاد لا يتجاوز ٥ بالمئة من عدد المتزوجين .

وهذا العدد من المطلقين يشمل المطلقات قبل الدخول وهذا لا ضرر فيه كما يشمل الطلاق الرجعي حيث يراجع الزوج زوجته .

وقد اجرى احصاء في دائرة إحدى محاكم الاحوال الشخصية في القاهرة وهي مصر القديمة أكبر المناطق التي يكثر فيهـا الطلاق لكثرة العمال فيها ، فتبين من الاحصاء انه إذا انزل من عدد الطلاق عدد الطلاق قبل الدخول وعدد الرجعات وعدد الزواج المستأنف بين رجل وامرأة كانا قـد افترقا في الطلاق فتبين ان الباقي لا يتجاوز ٢ بالمئة من وقائع الزواج[١] .

---

(١) تنظيم الاسلام للمجتمع محمد ابو زهرة .

٣ ـ وأما بالنظر إلى أولاد المطلقين ، فيلاحظ أن معظم حوادث الطلاق ممن ليس لهم أولاد وان نسبة الطلاق تنخفض كلما زاد عددالأولاد .

حتى يمكن القول كما يدل الاحصاء على أن ٧٥ بالمئة من المطلقين من لا أولاد لهم وهذا يدلنا على أمرين :

١) وجود سبب للطلاق وهو عدم انجاب الأولاد .

٢) الرد على من يقول إن الطلاق من أسباب التشرد للأطفال ، وهنا كان بودي أن أتمم هذا البحث بدراسة مفصلة عن المشردين وجرائمهم وان معظم المشردين ممن فقدوا آباءهم وأمهاتهم وأقل نسبة من المشردين هي ممن كان من أبوين مطلقين[١] .

إذن فالطلاق ليس مصنعاً للتشريد ، ومن أراد أن يهتم بدراسة المجتمع فليبحث عن أسباب التشرد من سوء الاوضاع الاجتماعية والاقتصادية فلا دخل للطلاق في ذلك[٢] .

---

(١) علم الاجتماع الجناني للدكتور حسن الساعاتي ص ١٠٩ .

(٢) لا بد لي من ان أشير إلى أن الدراسات السطحية هي التي تقرر ان الطلاق يؤدي الى التشرد ولكن الدراسات الصحيحة العميقة التي تستند الى الاحصاءات الرسمية تدلنا على ان نسبة المشردين من آباء او امهات مكلفين نسبة ضئيلة جداً ، بل ان هذه النسبة ترتفع في اوربا نتيجة الانفصال الجسماني في بلاد تحرم الطلاق .

ان في نظام الاسلام من رعاية لحقوق الاطفال من اوليائهم ومن اقربائهم ما يحول دون التشرد ، ومن عرف نظام الولاية على النفس ونظام النفقات في الفقه الاسلامي يدرك تماماً عناية المشرع الاسلامي في حفظ كيان الاسرة وخاصة حقوق الاطفال .

ومما يؤكد ذلك قلة عدد حوادث المشردين في القرى والريف نظراً لترابط الاسرة وقيام كل فرد بواجبه نحو الآخر وتدل الاحصاءات على ان نصف عدد المشردين من أسر غير مفككة اي مع وجود أبوين للتشرد .

واما التشرد في الأسر المفككة فردها عوامل كثيرة منها وفاة الوالدين او احدهما ، او في حال غيبة احد الوالدين او سجنه او مرضه ، وفي كثير من الحالات ينشأ التشرد بسبب الفقر او الشقاق والخلاف الناشيء بين الابوين كما ينشأ عن الطلاق ايضاً .

وقد قام المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية في القاهرة بدراسة على ٥٨٩ مشرداً فتبين ان ٪ ١٠ منهم من والدين مطلقين .

ولكن هذه النسبة لم تشر الى ان هذا الطلاق هل أدى الى انفصال الزوجين ام تمت الرجعة بينهما . وقد ذكرنا ان النسبة تتضاءل حتى لا تصل الى ٪٢ ممن يتم الانفصال الزوجي بينهما بدون رجعة .

ان من يهتم بدراسة المشردين ووجود الحلول لانقاذهم مما هم فيه فليعد الى الشريعة الاسلامية حيث يجد الضمان الكافي للطفولة المشردة .

كما عليه ان يدرس احوال المجتمع من فقر ومرض وجهل برفع المستوى الاجتماعي الملائم لكرامة الانسان لا ان يهاجم نظام الطلاق في الاسلام ، لأنه مما يتهم به بريء ... =

٤ – ان نسبة الطلاق ترتفع في المدن عنها في الريف ، وهذا ما نلاحظه من حوادث الطلاق في العاصمة فانها نسبة هائلة بينما تنخفض في المدن الصغيرة البعيدة عن صخب المدنية وضوضاء الحضارة .

٥ – تختلف نسب الطلاق باختلاف المستوى المهني والاجتماعي والثقافي ، فهي لدى العمال مثلاً أكثر من غيرهم ، كما انها تنخفض لدى المثقفين والتجار بشكل ملموس[١] .

٦ – ان ارتفاع نسب الطلاق هو في السنين الأولى من الزواج ، ولكن نلاحظ أن هذه النسبة في مصر بصورة خاصة في الأشهر الأولى ، مما نستدل به على أن هذا الزواج ، تم على خطأ في الاختيار والتسرع ، ولم يكن عن دراسة وتأمل ، وإلا لما فشل بهذه السرعة .

وهذا يؤيد ما قلته آنفاً إلى أن ارتفاع نسبة الطلاق في مصر تعود إلى البيئة الاجتماعية وإلى الظروف الاقتصادية وإلى تفشي روح الحضارة في معظم المدن الكبيرة ، ولا دخل للتشريع في كثرة حوادث الطلاق .

= اعتمدنا في هذا على تقارير من المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية (١٩٦١) وخاصة : تقارير الاستاذ الكبير المحقق الشيخ محمد ابو زهرة . والدكتور سيد عويش ، والدكتورة عنايات زكي .

(١) دراسات في الاجتماع العائلي للدكتور مصطفى الخشاب ص ١٦٠ .

خاتمة البحث

من هذا البحث الذي عرضنا فيه جانباً من نظام الطـلاق في الإسلام ، رأينا كيف ان الشارع حرص على وحدة الأسرة وعدم تفككها فشرع لبوادر الشقاق بين الزوجين حلولاً عملية يجب على كل زوج اتباعها إذا ظن انه لا يقيم حدود الله فيما أمره .

فلكل من الزوجين أن يعظ الآخر وأن يهجره وأن يؤدبه كما جاء في القرآن الكريم حرصاً على بقاء الزوجية وكيان الأسرة سليماً .

فإذا استفحل الخلاف والشقاق بين الزوجين أمر الشارع بالتحكيم فيختار كل منهما حكماً لحل المشاكل الناشئة بينهما .

وإذا تبين للحكمين المتسبب في الشقاق أمراه بالرجوع إلى صوابه وذكراه بحقوق الله في صاحبه ــ إذا رغب الطرف الآخر عدم الفرقة ــ وأن الله سبحانه وتعالى أمر الزوجين الصبر حتى مع الكراهية فقال : « فان كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً »[1] .

أما إذا لم يجد التحكيم واستمر النزاع بين الزوجين كنا بين أمرين : أما حياة يملؤها الشقاق والخلاف وسوء التفاهم ، وأما انفصال يجد فيه كل من الزوجين سعادته وهناءه : وان يتفرقا يغن الله كلاً من سعته .

---

(١) روى الزمخشري في تفسيره آية : وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً ...
« ان عمران بن حطان الخارجي كان من أذم بني آدم وامرأته من أجملهم . فأجالت في وجهه نظرها يوماً ثم تابعت الحمد لله . فقال : ما لك ؟ .. قال حمدت الله على اني واياك من أهل الجنة قال كيف .. قال لانك رزقت مثلي فشكرت ، ورزقت مثلك فصبرت . وقد وعد الله الجنة عباده الشاكرين والصابرين » .
وعمران ممن خرج له البخاري في صحيحه . ولما مات سئلت زوجته عن ترجمته . فقالت : أوجز ام أطنب ؟ .. فقيل : أوجزي . فقالت : ما قدمت له طعاماً بالنهار ، وما مهدت له فراشاً بالليل . تعني انه انه كان صواماً قواماً رحمه الله . تفسير القاسمي ١٥٩٧/٥ .

هذه الفرقة التي تحدث بين الزوجين هي العلاج الاخير حين استعصى كل علاج سواه وإذا قررنا ذلك كان لا بد لنا من أن نبحث عمن يملك هذه السلطة ، ومن يقدر ظروف هذه الحياة التي تعذر استمرارها ؟

قرر الإسلام ان لكل من الزوجين حق التفريق ، كما ان القاضي يملك هذا الحق عن طريق فسخ النكاح بينهما بناء على طلب أحدهما .

فلكل من الزوجين أن يطلب التفريق من القاضي في حالات عدة ذكرناها بالتفصيل كما ان كلاً من الزوجين يملك حق الطلاق في شروط معينة .

دور الزوج :

فالرجل يملك حق الطلاق على ان يكون ذلك ضمن حدود الشرع وقيوده :

وأهم القيود بالنسبة لطلاق الرجل يمكن ايجازها بالشكل التالي :

١ ـ من حيث القصد : لا يقع طلاق الرجل إلا إذا كان يقصد الطلاق ، فلا طلاق من مكره ، ولا من سكران ، ولا من هازل ، ولا من غضبان ملك عليه الغضب ارادته .

٢ ـ ومن حيث اللفظ : لا يقع الطلاق إلا بلفظ صريح يدل على معنى الطلاق .

ولا يقع إلا الطلاق المنجز لأنه هو الذي يدل على قصد المطلق وانه جاد في طلاقه .

ولا يقع الطلاق أكثر من طلقة واحدة مهما تكرر اللفظ أو اقترن به من عدد .

٣ ـ ومن حيث الوقت : لا يقع الطلاق في كل وقت ، فليس الزوج حراً في ايقاع طلاقه متى شاء أو أراد بل قيد الشارع ذلك بأن حدد للمطلق وقتاً لا يقع الطلاق بغيره ، وهو أن تكون الزوجة في طهر لا جماع فيه ، ولا في الحيض الذي قبله طلاق ولاجماع . وهذه حكمة الشارع الذي انفرد في هذا النظام ، وعلة ذلك أن يكون الطلاق في وقت الرغبة لا في وقت النفرة فقد يخشى أن يقع الطلاق لغير الطلاق فقد ينفر الزوج من زوجته في وقت عدم قربانها ، أو يمل في وقت قربها .

لهذا حدد له وقتاً مخصوصاً وهو أن تكون في وقت الرغبة فاذا طلق دل على انه يقصد الطلاق عن تفكير وتصميم لا عن كره موقت أو حاجة عارضة قد تزول .

٤ ــ ومن حيث التوثيق والتروي : فقد أوجب الشارع أن يكون الطلاق أمام شاهدين يسمعان صيغة الطلاق ويفهمان ذلك . وذلك لحرص الشارع على تعويق المطلق ما أمكن لذلك سبيلاً .

٥ ــ ومن حيث الانابة : فلا يجوز للزوج أن يفوض لغير زوجته أمر طلاقها ، إذ أن الطلاق أمر شرعه الله للزوجين لا لغيرهما ، فالزوج يطلق ، والزوجة تطلق نفسها في حالات عدة منها أن يفوض اليها زوجها أمر الطلاق ، فإذا فوض الزوج لزوجته أمر طلاق نفسها جاز ذلك ، أما تفويض الطلاق إلى الغير فلا يجوز .

هذه أهم القيود التي وضعها الشارع في طريق المطلق لا للحجر على ارادته ، لأنه يملك هذا الحق بارادته المنفردة ، ولكنها اجراءات تعوق المتسرع من المطلقين ليكون الطلاق عن دراسة وقصد اليه لا عن نزعة طيش وهوى سرعان ما يزول ، فاذا توفرت هذه الشروط فالرجل يطلق دون اذن القاضي أو غيره إذ لا يجوز لأحد غير الزوجين أن يتدخل في أمر الطلاق .

ثم إذا توافرت هذه الأمور ، ومر الزوج بهذه المراحل كلها ، فطلق زوجته ، فهل انتهى الأمر وبانت الزوجة إلى حيث لا رجعة ؟

لا ... إن نظرة العطف لا تزال ترعى المرأة ، فالزوج إذا تعسف فطلق لغير سبب ، الزم بتعويض الزوجة تعويضاً يتلاءم مع مقدار ما أوقعه الطلاق في نفسها من إيحاش وألم ومصيبة ، وما تركه من بؤس وفقر وحاجة .

والزوجة مع هذا لا تزال في عصمته ، فالطلاق في الإسلام رجعي ، يملك الزوج ان يراجع زوجته بفعل أو قول يدل على ذلك .

فما دامت الزوجة في العدة ، والعدة ثلاثة أقراء ، جعلها الشارع ثلاثة أقراء مع ان براءة الرحم تعرف بقرء واحد ، ليتمكن الزوجان من الرجوع إلى بعضهما وليجرب كل منهما حياة الافراد عن صاحبه ، ثلاثة شهور ، تبقى الزوجة مع زوجها في بيت الزوجية

تحت بصر الزوج ورقابته ، فإذا ما أصر على عدم رجعتها كان هذا برهاناً ودليلاً على ان كلاً منهما لم يعد يرغب بصاحبه .

وإذا انتهت العدة وبانت الزوجة بينونة صغرى ، كان له أن يتزوجها من جديد ما لم تكمل الطلقات الثلاث .

وهذا نظام انفرد به الإسلام أيضاً ، فلا رجعة في بقية الشرائع والقوانين ، كما ان المطلقة لا يجوز أن تعود إلى مطلقها في كثير من الشرائع .

* * *

دور الزوجة

وللزوجة بعد ان اختارت بمطلق حريتها وارادتها من تحب أن يكون شريكاً لحياتهـــا فهي حرة أيضاً في أن تشترط ما تشاء في عقد الزواج على ان لا يخالف ذلك نصاً صريحاً فلها أن تشترط أن لا يتزوج زوجها عليها ، ولها ان تشترط ان لا تنتقل من دارهـــا أو بلدها ، أو غير ذلك ، فاذا ما أخل الزوج بالتزامه كان لها حق طلب الفسخ .

كما ان للزوجة أن تشترط أن تكون عصمتها في يدها فتطلق نفسها متى أرادت ، ويكون لها هذا الحق إذا فوض الزوج اليها أمر طلاقها بعد عقد النكاح أيضاً .

وتملك الزوجة طلب التفريق من زوجها مخالعة على ان تدفع له ما لا يتجاوز ما ساقه اليها ويجب على الزوج ديانة أن يجيبها إلى ما طلبت ان تعذر عليه اصلاح ذات البين ، فإن أبى رفعت أمرها إلى القاضي فيجيبها ان لم يستطع التوفيق بينهما .

وهكذا نجد : ان كلاً من الزوجين يملك حق الطلاق بارادته المنفردة ، ولكل منهما أن يطلب من القاضي التفريق .

فلا استبداد من جانب الرجل في امر الطلاق ، ولا حرمان للمرأة من هذا الحق ، فكل منهما يمارس حق الطلاق ضمن حدود الشرع والقانون .

وفي رأيي : انه خير الف مرة أن تملك الزوجة امر الطلاق فتطلق نفسها ، من أن يكون الطلاق باذن القاضي حيث يتدخل في كل صغيرة او كبيرة فيحجر على ارادة الزوجين في مفارقة بعضهما ، وتحل ارادة القاضي محل ارادة الزوجين .

إن الطلاق في الإسلام مهما وضع الشارع في طريقه من عقبات فهو حق خـــاص بالزوجين فلا يجوز للغير أن يتدخل في أمره .

وفي سبيل الوصول إلى هذه النتائج فقد حققت كثيراً من المواضيع ، أذكر منها على سبيل المثال :

١ ــ الاصل في الطلاق الحظر ولا يباح إلا لضرورة .

٢ ــ تحقيق مذهب محمد بن الحنفية في التفريق للعيوب والأمراض ، وان مذهبه عدم الحصر ، والنتيجة العملية لذلك هو رجوع القاضي أو شارح القانون لمذهب أبي حنيفة في حال وجود نقص في التشريع في هذا الموضوع ، خلافاً لما درج عليه شراح القانون من الرجوع إلى مذهب مالك .

كما حققت في التفريق للعيوب والامراض لدى جمهور الفقهاء وان مذهبهم عدم الحصر لا فرق بين الزوج أو الزوجة في ذلك .

وقد كتبت في التطليق للعقم واعتبرته من العيوب التي تجيز التفريق .

٣ ــ تحقيق في الطلاق البدعي : الطلاق الثلاث ، والطلاق في الحيض ، وان الطلاق لا يقع إلا طلقة واحدة ، ولا طلاق في حيض بل الطلاق في طهر لا جماع فيه . وذلك بالرجوع إلى مصادر مختلفة المذاهب من فقه وأصول وتفسير وحديث .

وقد صححت كثيراً من الاخطاء في مختلف المذاهب وخاصة ما تداول عليه الكتاب من النقل في مذهب الجعفرية في الطلاق البدعي .

٤ ــ التفريق بين حالتين من عدم الانفاق : حال إعسار الزوج وحال عدم انفاقه مع يساره وترجيحنا عدم التفريق إذا كان الزوج معسراً والزوجة غنية اذ مناط التفريق يجب أن يكون الضرر ولا ضرر في تلك الحالة .

٥ ــ الاصل في الطلاق انه رجعي ، والرجعة لا تصح بقصد المضارة ، ومن المضارة أن يراجعها ثم يطلّقها دون أن يجامعها . ولا تصح الرجعة إلا باعلام الزوجة .

٦ ــ تفويض الطلاق لغير الزوجة غير صحيح .

٧ ــ لا يقع الطلاق إلا أمام شاهدين .

٨ ــ القصد ركن من أركان الطلاق ، فإذا عدم أو اختل فلا طلاق .

٩ ــ إذا طلبت الزوجة مخالعة الزوج فيجب عليه ديانة اجابة ذلك ، وإلا رفعت الأمر إلى القاضي فيفرق بينهما بعد تعذر الاصلاح .

١٠ ــ يجب ألا يتجاوز عوض الخلع المهر .

١١ ــ تفريق القاضي فسخ لا طلاق .

١٢ ــ طلب التفريق للضرر والشقاق حق لكل من الزوجين .

١٣ ــ التحقيق في التفريق لتغيير الدين هل يعتد القاضي بالظواهر أم ان له البحث عن الباعث عن اسلام أحد الزوجين فنقلت نصوصاً عدة واجتهادات مختلفة دعمت فيهـــا رأيي ، وهو ان الاصل في الاسلام الظاهر ولا يجوز للقاضي البحث وراء ذلك .

وللحيلولة دون الغش والتدليس فقد ذكرت الحل الملائم وهو تطبيق أحكام المرتدين فيحجم من لا يفكر في الإسلام عن عقيدة في تغيير دينه .

كما قلت اننا نعطي حق طلب التفريق للزوجة التي بقيت على دينها وبهذا نقضي على الغش والتدليس من جانب الرجل ، ونرفع الظلم عن جانب المرأة .

١٤ ــ كل طلاق أوقعه الزوج أو الزوجة وتعسف فيه كان عليه التعويض على زوجه الآخر .

* * *

وفي القوانين العربية

يتجه العالم العربي اليوم إلى الوحدة الشاملة الصحيحة، وإذا كان من مقدمات الوحدة وحدة التشريع ؛ فان قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية ، هي في طليعة القوانين توحيداً إذ انهـــا تستقي من منبع واحد ومصدر واحد وهو الشريعة الاسلامية بمختلف مذاهبها .

وإذا كان هناك من خلاف بين الفقه الجعفري وغيره ، فقد حاولت في بحثي هذا الجمع بين مختلف المذاهب ، وما خالف به المذهب الجعفري غيره من المذاهب أيدتـــه بمذاهب أُخرى ، وأكثر من هذا فاني وضعت مجموعة من المواد لتكون نواة لقانون عربي شامل ، بل نواة لقانون اسلامي لجميع البلاد الإسلامية .

وقد كان نهجي في البحث كما يلحظ القارئ ان كل أمر اخترته ورجحته لم أعتمد فيه على حجج مذهبه كالأشهاد حين الطلاق مثلاً ، والطلاق في الحيض ، والاعلام حين المراجعة ، وعدم صحة المراجعة بقصد الاضرار ، كل ذلك من الامور التي أخذت بها بعض المذاهب دون الأخرى ، فقد أيدتها بالكتاب والسنة وأقوال الصحابة وفي سبيل ذلك فقد خالفت قوانين الاحوال الشخصية في كثير من الامور .

كما اني انتقدت شراح القانون في البلاد العربية في عدد من المواد كالتفريق للعيوب ، والطلاق المتكرر وغير ذلك .

ولعلي في هذا العمل أكون قد جمعت بين المذاهب الإسلامية وما يجب أن تكـــو ن عليه قوانين الاحوال الشخصية في العالم العربي والإسلامي في موضوع الطلاق ، دون التعصب لمذهب أو رأي معين .

ومن البوادر الطيبة التي لمستها أثناء دراستي لقوانين البلاد العربية عدا عن وحدة

المصدر والمنبع ، انها كثيراً ما تستعين ببعضها فتجد في المذكرات الايضاحية اشـــارات واضحة صريحة ، إلى ان من مصادر هذا القانون قوانين البلاد العربية التي سبقته . كما ان معظمها لم يعتمد على مذهب معين بل كان مذهبه الانتقاء من أكثر المذاهب .

في الاجتهادات القضائية :

وذهبت بعد ذلك الى الناحية العملية التطبيقية فاستعرضت عدداً كبيراً من الاجتهادات القضائية ، واستخلصت منها مبادىء عامة ، وبينت رأيي في أكثرها ، وما يجب أن تكون عليه ، كما أشرت الى توسع القضاء في التفريق للشقاق والضرر ، وللاعسار .

الطلاق لدى الامم القديمة :

كما ذكرنا لمحة عن منزلة المرأة لدى اليونان والرومان لنعرف مدى ما تتمتع به الزوجة من مكانة نعرف من خلالها هل تملك شيئاً من أمرها من طلاق أو غير ذلك أم لا تملك شيئاً .

وقد ذكرنا أن المرأة كانت تباع وتشترى ، والزوج يستبد بطلاقها واذا لم يفعل ذلك فلم يكن عن حب وتقدير بل خشية ضياع المبلغ الذي دفعه قيمة زوجته .

وبهذه المقارنة تتجلى لنا الشريعة الاسلامية وما جاءت به من أحكام في نظام الطلاق نظاماً كاملاً منذ العصر الأول .

في اليهودية :

حققت في الخلاف القائم بين شراح القانون في حق الزوج بالطلاق لدى اليهود ، هل يملك ذلك بارادته المنفردة ، أم لا بد من طلاق القاضي لاسباب معينة .

فتبين ان الخلاف مرده وجود طائفتين من اليهود احداهما تبيح الطلاق بالارادة المنفردة والثانية لا تبيح ذلك إلا بإذن القاضي .

وقد أوردت عدداً من الاجتهادات القضائية تؤيد ما اتجهت اليه في هذه الدراسة ونصوصاً من كتب اليهود ومراجعتهم تثبت ذلك .

وقد قمت بمقارنة بين الشريعة اليهودية والشريعة الاسلامية في كل موضع اتفقت فيه الشريعتان او اختلفت فيه ، وبينت وجهة نظري في نقط التشابه والاختلاف .

وأشرت أثناء بحثي الى أن الاصل في الطلاق لدى اليهودية الحظر الدياني ، وأنه يجوز لكل من الزوجين حق طلب الطلاق من القاضي في أمور معينة توسع فيها الفقهاء ، غير أنه تختلف عن الشريعة الاسلامية بانها الزامية في كثير من الأمور بحيث لو وجدت الزم الزوج بالطلاق .

وفي المسيحية :

فقد تناولت البحث في مصادر المسيحية في الطلاق ، وقد حققت في ذلك فتبين لي ان أسباب الطلاق لدى الطوائف التي تجيزه اليوم هي جديدة بمعنى اننا لو رجعنا الى المصادر الاولى للمسيحية لا نجد الا الزنا سبباً للطلاق عند من يبيح الطلاق .

وقلت ان من أهم مصادر هذه القوانين قديماً وحديثاً ، هو الشريعة الاسلامية ، وخاصة لدى الاقباط الارثوذكس في مصر وهم أكثر الطوائف تسامحاً في تعدد أسباب الطلاق التي تجيز لأي من الزوجين أن يطلب التفريق .

وانتهيت في بحثي الى ضرورة توحيد قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية طالما أن الأمر اجتهادي لديهم وانهم أخذوا ذلك عن الشريعة الاسلامية ، وان هذه الاسباب من خلال ما استعرضناه من اجتهادات قضائية وملية أسباب مرنة توسع القضاء في تطبيقها ، فأي مانع أن يخطو المشرع خطوة جريئة فيجعل قانوناً واحداً للبلد الواحد .

في القوانين الاجنبية

ومن استعراضنا للقوانين الاجنبية التي تمثل اتجاهات معينة في أسباب الطـــلاق ، وبالرجوع الى التطبيق العملي لدى المحاكم ، وجدنا ان أسباب الطلاق في معظم القوانين أسباب مرنة متطورة ، مرنة بحيث يجيز القاضي التفريق لأي سبب ، ومتطورة لأنها تستند الى المصلحة لا الى اصول تاريخية .

والخلاف القائم بين الشريعة الاسلامية وهذه القوانين ومعها الشريعة المسيحية هو الطلاق بالارادة المنفردة ، وما عداه من تطليق القاضي او الطلاق بالاتفاق ، معترف به إما صراحة أو دلالة في معظم القوانين .

وقد ذكرت أثناء بحثي مثالاً على ذلك في التطليق للزنا ، فقلت ان الطلاق بالارادة المنفردة اذا منعته القوانين فقد أباحته عن طريق آخر اسوأ نتيجة منه ، وذلك كما لو أراد أحد الزوجين طلاق زوجه الآخر فما عليه الا ان يرتكب جريمة الزنا إما حقيقة او صورياً فيطلب الطرف الآخر الطلاق .

بل ان بعض القوانين اجازت لمن يرتكب في حق الآخر خطيئة ، كالهجر مثلاً أن يطلب الطلاق ، ومعنى هذا : ان من أراد طلاق زوجته فليهجرها مدة من الزمن ثم يطلب هو نفسه الطلاق .

ان في تعليق أمر الطلاق على خطيئة يرتكبها أحد الزوجين اسوأ أثرا من اعطاء الحق لأحد الزوجين يطلق متى شاء وأراد ضمن حدود الشرع والقانون .

وخير ألف مرة أن تجيز الطلاق في هذه الحدود التي رسمها الشارع في الاسلام من أن تجعل أمر الطلاق مرهوناً بجريمة أو خطيئة ترتكب . فلا طلاق الا اذا اعتدى أحد الزوجين على الآخر اعتداء جسيما عرض حياته للخطر ، أو اذا وضع له السم في الطعام

مثلاً ، أو اذا هجره مدة طويلة ، او اذا ارتكب جريمة الزنا الى غير ذلك من الأسباب .

وفي رأيي أن نقطة الخلاف بين شريعتنا الاسلامية وغيرها من النظم والقوانين ليس هو الطلاق بالارادة المنفردة فقد وجدنا المرونة والتطور في التطبيق العملي والاحتيال والصورية في أسباب الطلاق التي تذكرها تلك القوانين .

انما الخلاف على ما أراه هو حول اصل فكرة الطلاق ، فان اكثر القوانين تنظر الى الطلاق على انه عقوبة للزوج الآخر ، بينما الاسلام يرى أن الطلاق علاج لا عقوبة .

القوانين الاجنبية تعاقب الزوج الزاني فتفرق بينه وبين زوجه لان الأمر لا يهم سواهما بحيث لو صفح أحدهما عن الآخر لم تكن هناك جريمة ولا طلاق . أما في الاسلام فموضوع الاسرة يتعدى مصلحة الزوجين الى المجتمع ، فاذا شرع الله الطلاق فانما ليتدارك وضع أسرة تفكك رباطها وتعذر اصلاحها ، حتى نبني من جديد أسرتين متكاملتين قويتين .

فليس الطلاق عقوبة لأحد الزوجين في شريعة الاسلام ولكنه علاج لوضع نشأ في الأسرة فتعذر معه استمرار الحياة المشتركة . ولهذا تدوم صلة الرعاية والحنان بين الزوجين في العدة وما بعد العدة برباط النفقة أثناء العدة وبرباط النسب ورعاية الاطفال بعد العدة .

المراجع والمصادر (١)

١ – الفقه الحنفي

– الجامع الصغير للامام محمد بن الحسن الشيباني (١٨٩ هـ) طبع الهند ١٢٩١ هـ

– مختصر الطحاوي (٣٢١ هـ) مطبعة دار الكتاب العربي القاهرة ١٩٥١ م

– مختصر القدوري (٤٢٨ هـ) طبع الاستانة ١٣١٠ هـ

– المبسوط للسرخسي (٤٣٨ هـ) طبع مصر ١٣٢٤ هـ .

– تحفة الفقهاء للسمر قندي (٥٤٠ هـ) في ثلاثة أجزاء تحقيق الدكتور محمد زكي عبد البر . دمشق ١٩٥٨ – ١٩٦٠

– بدائع الصنائع للكاساني (٥٨٧ هـ) القاهرة ١٣٢٨ هـ

– الهداية للمرغيناني (٥٩٣ هـ) مطبوع مع فتح القدير

– المحيط في الفقه الحنفي . مخطوط في مكتبة الازهر رقم ٣٤٨٨ (٥٤٨٠٨) لبرهان الدين محمود بن احمد بن عبد العزيز (٥٤٠ هـ) .

– الذخيرة في الفقه الحنفي . مخطوط في مكتبة الازهر رقم (١٥٨٤) ٢٠٨٥٦ ويوجد منه نسخة في المكتبة الاحمدية في حلب في مكتبة الاوقاف رقم (٤٢٨) وتقع في ثمانية مجلدات . كما توجد منه نسخة في دار الكتب المصرية رقم (٤٨١) .

– كنز الدقائق للنسفي (٧١٠ هـ) مطبوع مع شروحه : البحر الرائق ، وتبيين الحقائق.

---

(١) اقتصرت في ذكر المراجع على اهم ما رجعت اليه في هذا ونقلت عنه خلافا لما يذهب اليه الكثير من وضع مصادر لم يطلع عليها . كما اني اخترت اسماء الكتب لأنها ادل على ذكر المؤلفين فضلا عن انها طريقة سبقنا اليها الكثير . واترك لهواة ذكر المصادر الرجوع الى فهارس المكتبات العامة ففيها ما يكفي .

ـ تبيين الحقائق للزيلعي (٧٤٣ هـ) المطبعة الاميرية . القاهرة ١٣١٣ هـ .

ـ العناية شرح على الهداية مطبوع مع فتح القدير للبابرتي (٧٧٦ هـ) .

ـ السراج الوهاج مخطوط في مكتبة الازهر (٢٧١) ٧٥٥٣ للحدادي (٨٠٠ هـ) .

ـ الجوهرة شرح متن القدوري لأبي بكر محمد العبادي طبع الاستانة ١٣٠١ هـ .

ـ فتح القدير لابن الهمام (٨٦١ هـ) وهو شرح الهداية . المطبعة التجارية . القاهرة

ـ حاشية سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي جلبي (٩٤٥ هـ) على العناية شرح الهداية للبابرتي . مطبوع على هامش فتح القدير .

ـ حاشية الشلبي على شرح الزيلعي على كنز الدقائق . المطبعة الاميرية ١٣١٣ هـ.

ـ درر الحكام في شرح غرر الاحكام لملاخسرو (٨٨٥ هـ) طبع الاستانة ١٣١٩ هـ .

ـ تنوير الابصار للتمرتاشي (١٠٠٤) مطبوع مع شرحه رد المحتار .

ـ اللباب للميداني وهو شرح على مختصر القدوري . المطبعة الجمالية ١٣٣٠ هـ.

ـ معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الاحكام للشيخ علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي (٨٤٤ هـ) المطبعة الاميرية ١٣٠٠ هـ

ـ الدر المختار شرح تنوير الابصار للحصكفي (١٠٨٨ هـ)

ـ حاشية على الدر المختار للطحطاوي (١٣٣١) المطبعة الاميرية ١٢٨٢هـ

ـ البحر الرائق لابن نجيم . المطبعة العلمية بالقاهرة .

ـ منحة الخالق شرح على البحر الرائق لابن عابدين (١٢٥٢ هـ) مطبوع على هامش البحر الرائق .

ـ رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين . الطبعة الاميرية الثانية بالقاهرة .

ـ رسائل ابن عابدين . طبع القاهرة ١٣٢٥ هـ

ـ التحرير المختار على الدر المختار لعبد القادر الرافعي (١٣٢٣ هـ) المطبعة الاميرية في القاهرة ١٣٢٣ هـ

ـ الاشباه والنظائر لابن نجيم المصري (٩٧٠ هـ) المطبعة الاميرية ١٢٩٨ هـ

٢ ـ الفقه الشافعي

ـ الأم : للامام محمد بن ادريس الشافعي المتوفي عام (٢٠٤هـ) وهو في سبعة أجزاء وقد جاء في مقدمة الجزء بحث في أصول الفقه ومطبوع في كتاب مستقل واسمه الرسالة . المطبعة الاميرية سنة ١٣٢١ هـ .

ـ مختصر الامام أبي ابراهيم اسماعيل بن يحي المزني المتوفي عام ٢٦٤ مطبوع على هامش الأم .

ـ المهذب لأبي اسحاق ابراهيم الفيروزابادي الشيرازي (٤٧٦ هـ) وهو جزءان مطبعة عيسى البابي ١٣٤٣ هـ .

ـ الوجيز في الفقه الشافعي للامام الغزالي (٥٠٥هـ) في جزئين يذكر في كل مسألة رأي المذاهب الاربعة بايجاز . مطبعة الآداب والمؤيد بالقاهرة عام ١٣١٧ هـ .

ـ المجموع شرح المهذب للنووي (٦٧٦ هـ) . المطبعة المنيرية في القاهرة .

ـ فتح العزيز شرح الوجيز للشيخ عبد الكريم بن محمد الرافعي المتوفي (٦٢٣هـ) مطبوع مع المجموع .

ويليه التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي للحافظ ابن حجر العسقلاني (٨٥٢ هـ) .

ـ المنهاج للنووي على هامش مغني المحتاج

ـ اسنى المطالب في شرح روض الطالب : لشيخ الاسلام زكريا بن محمد الانصاري الشافعي (٩٢٦ هـ) وهو شرح على روض الطالب لابن أبي بكر المقري اليمني طبع المطبعة اليمنية بالقاهرة (١٣١٣ هـ) .

– تحفة المحتاج شرح المنهاج لابن حجر (٩٧٤) هـ

– مغنى المحتاج شرح للشيخ محمد الشربيني الخطيب (٩٧٧ هـ) ، مطبعة مصطفى البابي ١٩٣٣ م .

– نهاية المحتاج الى شرح المنهاج تأليف شمس الدين محمد ابن الامام العارف بالله شهاب الدين أحمد الرملي المتوفي عام (١٠٠٤ هـ) وهو في ثمانية مجلدات . مطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٩٣٨ م

– حاشية الشبراملسي للعلامة الشيخ أبي الضياء نور الدين علي بن علي المعروف بالشبراملسي القاهري المتوفي عام (١٠٨٧ هـ) .

– حاشية الشيخ سليمان البجيرمي (١٢٢١ هـ) على شرح منهج الطلاب . و شرح منهج الطلاب هو لشيخ الاسلام زكريا الانصاري ، مطبعة بولاق بالقاهرة ١٢٩٢ هـ .

– الميزان الكبرى لسيدي عبد الوهاب الشعراني المطبعة الحسينية بمصر ١٣٢٩ هـ . والمطبعة الأميرية ١٢٧٥ هـ .

– رحمة الأمة في اختلاف الأئمة لمحمد بن عبد الرحمن الدمشقي العثماني الشافعي. مطبعة مصطفى البابي بالقاهرة ١٩٦٠ م .

– الدر المضيه في الرد على ابن تيمية للسبكي (٧٥٦ هـ) دمشق ١٣٤٧ هـ

– ترغيب المشتاق في أحكام الطلاق تأليف الشيخ عبد المعطي السملاوي ١٣٤٩ هـ .

* * *

٣ ـ الفقه المالكي

ـ المدونة الكبرى : للإمام مالك بن انس (١٧٩هـ) رواية سحنون عن عبد الرحمن ابن القاسم عن مالك .

في ستة عشر جزءاً مطبعة السعادة بمصر ١٣٣٢ هـ

ـ المقدمات الممهدةلبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الاحكام الشرعيات للامام أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد (٥٢٠ هـ) في جزئين مطبعة السعادة بمصر ١٣٢٥ هـ .

ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد تأليف ابي الوليد محمد القرطبي الاندلسي المالكي المشهور بابن رشد الحفيد (٥٩٥ هـ) وهو في جزئين ويجمع فقه المذاهب الاربعة كما يمتاز بالتعليل في أكثر مسائله ولكن نقله عن المذاهب يحتاج الى تحرير . طبع دار الكتب العربية ١٣٣٥ هـ .

ـ الفروق لشهاب الدين أحمد القرافي (٦٨٤ هـ) في أربعة أجزاء مطبعة الحلبي ١٣٤٤هـ « ادرار الشروق » للقاسم بن عبد الله الشهير بابن الشاط (٧٢٣ هـ) وتنقيحه المسمى « تهذيب الفروق » لمحمد علي بن الحسين المكي المالكي .

ـ القوانين الفقهية لابن جزىء وهو محمد بن أحمد بن جزيء الغرناطي (٧٤١هـ) طبع تونس ١٩٢٦ . يجمع الى جانب الفقه جانباً من السيرة والتاريخ والتصوف . كما يذكر بعض الخلافات الفقهية في المذاهب الاربعة .

ـ تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الاحكام لبرهان الدين ابراهيم الشهير بابن فرحون (٧٩٩ هـ) المطبعة الشرقية بالقاهرة سنة ١٣٠١ هـ .

ـ مختصر سيدي خليل . طبع مكتبة عيسى البابي بمصر ١٩٣١ م .

وشروحه :

ـ مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للامام الحطاب: محمد بن عبد الرحمن المغربي الاصل (٩٥٤ هـ) .

وبهامشه :

ـ التاج والاكليل لمختصر خليل لمحمد بن يوسف الشهير بالمواق المتوفي (٨٩٧هـ) مطبعة السعادة (١٣٢٩ هـ)

ـ شرح عبد الباقي الزرقاني على مختصر خليل طبع مصر ١٣٠٧ هـ

ـ شرح الخرشي على مختصر خليل طبع مصر ١٣١٧ هـ .

ـ حاشية العدوى على شرح الخرشي ومطبوع معه .

ـ الشرح الكبير للدردير (١٢٠١) على مختصر خليل . المطبعة .

ـ حاشية عرفة الدسوقي (١٢٣٠ هـ) على شرح الدردير .

ـ منح الجليل شرح مختصر خليل طبع مصر ١٢٩٤ للشيخ محمد عليش (١٢٩٠ هـ)

ـ المعيار للوانشريسي . طبع فاس ١٣١٥ هـ

ـ مفيد الحكام فيما يعرض لهم من نوازل الاحكام تأليف القاضي ابن الوليد هشام ابن عبد الله بن هشام الازدي القرطبي نسخة مخطوطة كتبت سنة ٩٦٥ في مكتبة الاسكوريال ١٠٦٦/١٣٩ ق مصورة في فيلم معهد المخطوطات العربية رقم ٣٥ فقه مالكي .

ـ التحفة لابن عاصم (٨٢٩ هـ) طبع الجزائر ومعها ترجمة بالفرنسية وتعليقات للاستاذين: F. martel O. X. budas وموجودة بمكتبة القاهرة رقم ٦٤٩٨ .

ـ البهجة شرح التحفة للتسولي طبع مصر .

ـ بدر الزوجين ونفحة الحرمين على مذهب السادة المالكية تأليف أبو بكر الكشناوي ١٩٥٧ م

ـ الذخيرة : تأليف شهاب الدين القراقي (٦٨٤ هـ) ويقع في خمسة عشر مجلد ظهر منه المجلد الاول مطبعة كلية الشريعة في الازهر ١٣٨١ هـ

ـ الاحكام في تمييز الفتاوى عن الاحكام للقرافي . القاهرة .

٤ ـ الفقه الحنبلي

ـ مختصر الخرقي المتوفي (٣٣٤هـ) طبع دمشق . ومع شرحه المغني .

ـ المغني لموفق الدين ابن قدامه المقدسي (٦٣٠ هـ) وهو شرح على مختصر الخرقي ، مطبعة المنار في القاهرة ١٣٤٨ هـ .

ـ الشرح الكبير لابن قدامة (شمس الدين) المتوفي سنة ٦٨٢ هـ وهو شرح على المقنع لموفق الدين بن قدامة . مطبوع على هامش المغني . مطبعة المنار بالقاهرة ١٢٤٨ هـ ومطبوع بمفرده في المكتبة السلفية بالقاهرة .

ـ الاقناع لطالب الانتفاع ، تأليف شرف الدين المقدسي (٩٦٨ هـ)، طبع القاهرة ١٣٥١ هـ .

ـ المحرر في الفقه ، مجد الدين أبو البركات (٦٥٢ هـ) ، مطبعة السنّة المحمدية ١٩٥٠م

ـ النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر . شمس الدين ابن مفلح الحنبلي المقدسي (٧٦٣ هـ) .

ـ التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع تأليف علاء الدين علي بن سليمان المـــرداوي (٨٨٥ هـ) المطبعة السلفية القاهرة .

ـ غاية المنتهى في الجمع بين الاقناع والمنتهى تأليف الشيخ مرعي بن يوسف الحنبلي. ثلاثة أجزاء طبع دمشق .

ـ كتاب الهادي أو عمدة الحازم لموفق الدين بن قدامة . دمشق .

ـ الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم ١٩٦١ م .

ـ الانصاف لمعرفة الخلاف للمرداوي في اثني عشر مجلداً . القاهرة ١٩٦٠ م .

– الفروع لمحمد بن مفلح الحنبلي مع حاشيته، تصحيح الفروع لعلي المقدسي . مطبعة المنار في القاهرة .

– القواعد لابن رجب الحنبلي (٧٩٥ هـ) القاهرة .

– زاد المعاد في هدى خير العباد لابن القيم (٧٥١ هـ) ، مطبعة محمد علي صبيح في القاهرة .

– اعلام الموقعين لابن القيم ، المطبعة التجارية في القاهرة .

– إغاثة اللهفان لابن القيم ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي في القاهرة .

– العدة شرح العمدة ، تأليف بهاء الدين عبد الرحمن المقدي ، المطبعة السلفية في القاهرة .

* * *

٥ ـ مراجع في الفقه الزيدي

ـ المجموع للإمام زيد (١٢٢ هـ).
ـ المنتزع المختار للشيخ عبد الله بن مفتاح (٨٧٧ هـ) ، القاهرة ١٣٣٢ هـ .
ـ البحر الزخار للمرتضى (٨٤٠ هـ) ، القاهرة ١٩٤٨ م ، مطبعة الخانجي .
ـ التاج المذهب لأحكام المذهب للقاضي أحمد بن قاسم العنسي اليماني . القاهرة ، ١٩٣٨ م . مطبعة الحلبي .
ـ الروضة الندية للعلامة السيد صديق خان شرح الدرر البهية. المطبعة المنيرية في القاهرة.
ـ الدرر البهية للشوكاني (١٢٥٥) هـ.
ـ الروض النضير شرح المجموع لشرف الدين الحيمي الصنعاني (١٣٢١هـ) . مطبعة السعادة ١٣٤٩ هـ .

٦ ـ مراجع في الفقه الظاهري

ـ المحلى لابن حزم (٤٥٦ هـ) طبع القاهرة (١٣٥٢ هـ) .
ـ ابطال القياس لابن حزم ، طبع القاهرة .
ـ الاحكام في أصول الاحكام لابن حزم ، مطبعة السعادة ، القاهرة (١٣٤٨ هـ) .
ـ مراتب الاجماع لابن حزم . مكتبة القدسي ١٣٥٧ هـ .

٧ ـ مراجع في الفقه الاباضي

ـ النيل لضياء الدين عبد العزيز (١٢٢٣ هـ) .
ـ شرح النيل وشفاء العليل محمد اطفيش (١٣٣٢ هـ) ، القاهرة ١٣٤٣هـ ، مطبوع مع النيل .
ـ شامل الاصل والفرع للشيخ محمد اطفيش . المطبعة السلفية ١٣٤٨هـ .

٨ – مراجع الفقه الجعفري

– المختصر النافع في فقه الإمامية ، لأبي القاسم نجم الدين الحلي المتوفي ٦٧٦ هـ .
– الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ، تأليف الشيخ عبد الكريم رضا الحلي، ١٩٤٧ هـ .
– أصل الشيعة وأصولها ، تأليف محمد الحسين آل كاشف الغطاء . الطبعة السابعة .
– العروة الوثقى محمد كاظم الطباطبائي ، مطبعة دار السلام ١٣٣٠ هـ، بغداد .
– السرائر للشيخ محمد ادريس . طبع حجر إيران .
– الاستبصار للطوسي (٤٦٠ هـ) ، مطبعة النجف .
– التهذيب للطوسي ، طبع النجف .
– من لا يحضره الفقيه للصدوق (٣٨٥ هـ) ، طبع النجف.
– الكافي للكليني (٣٢٩ هـ) ، طبع حجر .
– الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهير العاملي ، تحقيق عبد الله السبتي ١٩٦٠ م القاهرة .
– قواعد الاحكام لابن مطهر الحلي ، مخطوط ٨٨٦ هـ .
– شرائع الاعلام لنجم الدين بن سعيد الحلي ، طبع حجر ايران ١٣٠٢ هـ.
– وشرحه جواهر الكلام طبع حجر . ويطبع الآن في بغداد .
– النهاية للطوسي : مخطوط .
– تذكرة الفقهاء للحسن بن يوسف المعروف بالعلامة الحلي (٧٢٦ هـ) .
– تحقيق مرتضى الخلخالي . مطبعة النجف ١٩٥٥ م . لا يزال تحت الطبع.
– مستمسك العروة الوثقى لآية الله السيد محسن الحكيم .
– مختلف الشيعة للطوسي ، طبع حجر ايران .
– مفتاح الكرامة للعاملي ، طبع القاهرة ١٣٢٦ هـ .
– الفصول الشرعية على مذهب الإمامية ، تأليف محمد جواد مغنية ، الطبعة الأولى ، بيروت ١٣٧٠ هـ .

٩ ــ كتب الفتاوى

ــ الفتاوى الفقهية الكبرى : تأليف ابن حجر الهيثمي (٩٧٤ هـ)، طبع القــاهرة ١٣٥٧ هـ .

ــ الفتاوى البزازية ، لحافظ الدين محمد المعروف بابن البزاز الكردري (٨٢٧ هـ) .

ــ الفتاوى الخانية ، للإمام فخر الدين حسن الاوز جندي المعروف بقاضي خان ٥٩٢هـ.

ــ فتاوى ابن تيمية (٧٢٨ هـ) مطبعة الكردي في القاهرة ١٣٢٨ هـ .

ــ فتاوى عليش ، المطبعة الاميرية في القاهرة .

ــ فتاوى ابن نجيم (٩٧٠ هـ) .

ــ الفتاوى الهندية . جمعت في سنة (١٠٧٠ هـ) طبع بولاق ١٣١٠ هـ .

ــ الفتاوى الخيرية لنفع البرية للرملي (١٠٨١ هـ) المطبعة الاميرية ١٣٠٠ هـ .

ــ الفتاوى الطرسوسية ،أو أنفع الوسائل إلى تحرير المسائل : لنجم الــدين الطرسوسي (٧٥٨ هـ) .

ــ الفتاوى المهدية لمحمد العباس المهدي (١٣١٥ هـ) المطبعة الازهرية ١٣٠١ هـ .

١٠ ــ كتب الطبقات والتراجم

ــ سير أعلام النبلاء للذهبي (٧٨٤ هـ) دار المعارف في مصر (صدر منه ثلاثة أجزاء).

ــ أعيان الشيعة للسيد محسن الامين . الطبعة الرابعة بيروت ١٣٨٠ هـ .

ــ الاصابة في تمييز الصحابة لابن حجر المطبعة التجارية في القاهرة .

ــ الاستيعاب لابن عبد البر على هامش الاصابة .

ــ الطبقات الكبرى لابن سعد ، طبع بيروت ١٩٦٠ م .

ــ وفيات الاعيان لابن خلكان ، تحقيق محيي الدين عبد الحميد . طبع القاهرة .

ــ الفوائد البهية لمحمد بن عبد الحي اللكنوي (١٣٠٤ هـ) القاهرة ١٣٢٤ هـ .

ــ طبقات الشافعية للسبكي طبع القاهرة .

– طبقات الحنابلة ، مطبعة السنة المحمدية ١٣٧١ هـ .

– الاعلام للزركلي . الطبعة الثانية .

– كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون لحاجي خليفة . طبع استانبول ١٩٤٣م .

– معجم المطبوعات العربية لسركيس يوسف اليان . القاهرة ١٣٤٦هـ .

– فهرست دار الكتب المصرية .

– فهرست مكتبة الازهر .

١١ – اصول الفقه

– كشف الاسرار للشيخ عبد العزيز البخاري (٧٣٠هـ) وهو شرح أصول الإمام فخر الإسلام البزدوي (٤٨٢ هـ) .

– المستصفى من علم الاصول للغزالي (٥٠٥ هـ) المطبعة الاميرية ١٣٤٢هـ .

– الاحكام في أصول الاحكام للآمدي ، أربعة أجزاء ، طبع دار المعارف ١٩١٤ م .

– التلويح على التوضيح للمحقق سعد الدين التفتازاني (٧٩٣ هـ) طبع الاستانة .

– التحرير لابن الهمام (٨٦١ هـ) المطبعة الاميرية القاهرة ١٣١٦ هـ .

– ارشاد الفحول للشوكاني القاهرة ١٣٢٧ هـ .

– الموافقات للشاطبي (٧٩٠ هـ) تحقيق الشيخ عبد الله دراز . طبع القاهرة .

– أصول السرخسي . طبع لجنة إحياء المعارف العثمانية .

– المنار للنسفي (٧١٠ هـ) .

– وشرحه : لابن ملك .

– وحاشيته : عزمي زاده (١٠٤٠ هـ) طبع استانبول ١٣١٥ هـ .

– فتح الغفار شرح المنار لابن نجيم (٩٧٠ هـ) مطبعة البابي ١٣٥٥ هـ .

– وحاشيته : ابن الحلبي (٩٧١ هـ) .

١٢ ـ تفسير واحكام القرآن

ـ أحكام القرآن لابن العربي (محمد بن عبد الله المتوفي ٥٤٣هـ) الطبعة الأولى١٣٧٨هـ دار إحياء الكتب العربية في أربعة أجزاء تحقيق علي محمد البجاوي ، وفي الجزء الاخير فهارس عامة للكتاب .

ـ في ظلال القرآن للاستاذ سيد قطب . دار إحياء الكتب العربية الطبعة الثانية .

ـ أحكام القرآن للجصاص (٣٧٠ هـ) طبع الاستانة ١٣٢٨ هـ .

ـ الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٦٧١ هـ) دار الكتب المصرية في القاهرة الطبعة الثانية .

ـ جامع البيان في تفسير القرآن للطبري (٣١٠هـ) المطبعة الاميرية . ١٣٢٣ ، طبعة دار المعارف لم تتم بعد .

ـ روح المعاني في تفسير القرآن للالوسي (١٢٧٠ هـ) الطبعة الاميرية ١٣٠١هـ .

ـ مجمع البيان للطوسي . طبع دار التقريب بين المذاهب الإسلامية في القاهرة ١٩٦٠ م طبع حجر في ايران . وطبع بيروت .

ـ تفسير آيات الأحكام لجماعة من أساتذة كلية الشريعة في الأزهر .

ـ تفسير القرآن الكريم (عشرة أجزاء) للشيخ محمود شلتوت .

ـ تفسير الفخر الرازي . المطبعة الخيرية في القاهرة .

ـ تفسير المنار . طبع دار المنار .

ـ تفسير المحيط لابن حيان . القاهرة ١٣١٣هـ .

١٣ - في الحديث النبوي

- الموطأ للإمام مالك بن أنس (١٧٩ هـ) طبع القاهرة ١٣٢٠ هـ .
- نيل الاوطار من أسرار منتقى الاخبار للشوكاني (١٢٥٠ هـ) .
- وهو شرح كتاب المنتقى لابن تيمية . الطبعة العثمانية (١٣٥٧ هـ) .
- سبل السلام للصنعاني (١١٤٢ هـ) .
- الباعث الحثيث لابن كثير . طبع القاهرة .
- مسند الإمام أحمد . طبع دار المعارف لم يتم . وطبع الحلبي في القاهرة ١٣١٣ هـ .
- فتح الباري شرح صحيح البخاري . طبع بولاق ١٣٠٠ هـ .
- صحيح مسلم شرح النووي . طبع بولاق ١٢٩٠ هـ .
- سنن أبي داوود . المطبعة التجارية في القاهرة .
- سنن الترمذي . طبع بولاق ١٢٩٢ هـ .
- سنن النسائي . المطبعة التجارية في القاهرة .
- سنن ابن ماجه . طبع القاهرة ١٣١٣ هـ .
- المستدرك للحاكم . طبع الهند ١٣٣٤ هـ .
- معاني الاثار للطحاوي . طبع الهند ١٣٠٢ هـ .
- بلوغ المرام لابن حجر . المطبعة التجارية في القاهرة ١٣٥٢ هـ .
- عون المعبود شرح سنن أبي داود طبع الهند ١٣٢٣ هـ .
- جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر . طبع القاهرة .

١٤ ــ مؤلفات فقهية حديثة

ــ الثقافة الإسلامية للشيخ محمد راغب طباخ ، ط ١٩٥٠ م .
ــ التفسير والمفسرون محمد حسين ذهبي ثلاثة أجزاء ، ط ١٩٦١ م .
ــ أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي خفيف ، ط ١٩٤٤ م .
ــ قواعد التحديث من فنون مصطلح الحديث للسيد جمال الدين القاسمي ، ط ١٩٢٥م.
ــ الإمام الصادق للشيخ محمد أبو زهرة ، ط ١٩٦٠ .
ــ مباحث الحكم عند الاصوليين للدكتور محمد سلامة مدكور ، ط ١٣٧٩ هـ .
ــ الاكراه بين الشريعة والقانون للشيخ محمد زكريا البرديسي ، ط ١٩٦٠ م .
ــ أصول الفقه للشيخ محمد زكريا البرديسي ، ط ١٣٨١ هـ .
ــ الاباحة عند الاصوليين والفقهاء بحث مقارن للدكتور محمد سلام مدكور ط ١٩٦١م
ــ المدخل للفقه الإسلامي للدكتور محمد سلام مدكور ١٣٨٠ هـ .
ــ أبو حنيفة للشيخ محمد أبو زهرة ط ١٣٦٦ هـ ، القاهرة .
ــ الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية للشيخ محمد ابو زهرة ، ط ١٣٥٧ هـ .
ــ نظام النفقات في الشريعة الإسلامية الشيخ أحمد ابراهيم ، ط ١٣٤٩ هـ .
ــ مقارنة المذاهب في الفقه للشيخ محمود شلتوت والشيخ محمد علي سايس ط ١٣٧٣هـ
ــ المدخل الى علم اصول الفقه للدكتور محمد معروف الدواليبي ط ١٣٧٨هـ دمشق
ــ تاريخ التشريع الاسلامي للشيخ محمد خضري ط ١٣٧٣ هـ
ــ اصول الفقه للشيخ محمد الخضري . الطبعة الثالثة .
ــ اصول الفقه للشيخ محمد ابو زهرة . القاهرة ١٩٦٠ م
ــ ابو حنيفة للشيخ محمد ابو زهرة . دار الفكر العربي ١٣٦٦
ــ سلم الوصول الى علم الأصول للشيخ عمر عبد الله ١٩٥٩ م

– منهج القرآن في بناء المجتمع للشيخ محمود شلتوت
– تاريخ التشريع الاسلامي ومصادره للدكتور محمد سلام مدكور ط ١٩٥٩ م
– حسن الأسوة بما ثبت من الله ورسوله في النسوة تأليف صديق حسن خان طبع القاهرة
– فقه الكتاب والسنة للدكتور محمد يوسف موسى ط ١٣٧٣ هـ
– النسخ في الشريعة الاسلامية عبد المتعال محمد الجبرى ط ١٣٨٠ هـ
– المدخل في التعريف في الفقه الاسلامية وقواعد الملكية والعقود فيه للدكتور محمد
– مصطفى الشلبي ط ١٣٨٠ هـ
– الفقه الاسلامي المدخل ونظرية العقد الدكتور عيسوي احمد عيسوي
– احمد بن حنبل للشيخ محمد ابو زهرة دار الفكر العربي ١٩٤٧ م
– الشافعي للشيخ محمد ابو زهرة .
– السنة ومكانتها في التشريع الاسلامي للدكتور مصطفى السباعي. طبع القاهرة ١٣٨٠هـ
– مصادر التشريع فيما لا نص فيه للشيخ عبد الوهاب خلاف . القاهرة ١٩٥٥
– الاسلام عقيدة وشريعة للاستاذ الاكبر الشيخ محمود شلتوت . مطبعة دار القلم في القاهرة .
– تحقيق معنى السنة وبيان الحاجة اليهما . السيد سليمان الندوي المطبعة السلفية ١٣٧٧
– شريعة القرآن للشيخ محمد ابو زهرة ١٩٦١ م .
– عوارض الاهلية للدكتور حسن النوري ١٩٥٤ م
– مصادر الحق في الفقه الاسلامي . دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث للدكتور عبد الرازق السنهوري .
– الجزء الاول : صيغة العقد ١٩٥٣م
– الجزء الثاني : توافق الارادتين ، صحة التراضي ١٩٥٤ م
– الجزء الثالث : محل العقد ١٩٥٦ م
– الجزء الرابع : نظرية السبب ونظرية البطلان ، ١٩٥٧ م
– الجزء الخامس : اثر العقد بالنسبة للاشخاص القاهرة ١٩٥٧ م

- الجزء السادس : أثر العقد بالنسبة للموضوع القاهرة ١٩٥٩ م
- النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية للدكتور شفيق شحاتة ١٩٣٦ م ،
- تعليل الاحكام للدكتور مصطفى الشلبي مطبعة الازهر القاهرة ١٩٤٩م ؛
- نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي القاهرة ١٩٥٠ م
- فلسفة التشريع في الإسلام للدكتور صبحي المحمصاني بيروت ١٩٥٢ م
- التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي للدكتور وحيد سوار القاهرة ١٩٦٠ م
- الاموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي . دار الكتاب العربي القاهرة ١٩٥٢ م
- المدخل إلى نظرية الالتزام العامة الجزء الثاني دمشق ١٩٥٨ م

* * *

١٥ — مراجع عامة

— الاعتبار في الناسخ والمنسوخ من الاخبار للحافظ ابي بكر محمد بنموسى الحازمي الهمذاني المتوفي سنة (٥٨٤ هـ) الطبعة الاولى حلب ١٣٤٦ هـ

— السياسة الشرعية في اصلاح الراعي والرعية لتقي الدين بن تيمية الطبعة الثانية ١٩٥١م

— محاضرات في النصرانية محمد ابو زهرة الطبعة الثانية ١٩٤٩م

— الأسرة والمجتمع للدكتور علي عبد الواحد وافي الطبعة الرابعة ١٩٥٨م

— الأسرة في المجتمع العربي القديم للدكتور عبد العزيز صالح القاهرة ١٩٦١ م

— حياة المسيح للاستاذ محمود العقاد ١٩٥٨ م

— كيف تكتب بحثاً او رسالة للدكتور احمد شلبي . الطبعة الثالثة ١٩٥٧ م مكتبة النهضة المصرية

— محاسن الإسلام وشرائع الإسلام لأبي عبد الله البخاري مكتبة القدسي ١٣٥٧ هـ

— مراتب الإجماع لابن حزم مكتبة القدسي ١٣٥٧ هـ

— نقد مراتب الإجماع لابن تيمية مكتبة القدسي ١٣٥٧ هـ

— شرح المجلة للمرحوم سليم رستم باز ١٩٢٣ م بيروت

— تحرير المجلة كاشف الغطاء . النجف ١٣٥٩ هـ

— المقارنات والمقابلات لحافظ صبري ١٩٠٢ مطبعة هندية

— الاوضاع التشريعية في الدول العربية للدكتور صبحي محمصاني بيروت ط ١٩٥٧

— الأسرة والمرأة للدكتور صلاح الدين الناهي بغداد

— النظم الاجتماعية والسياسية عند قدماء العرب تأليف محمد محمود جمعة ط ١٩٤٩

— مناهج العلماء المسلمين في البحث العلمي . تأليف الدكتور فارنتز روزنتال بيروت ١٩٦١

ـ حياة شيخ الاسلام ابن تيمية للشيخ محمد بهجت البيطار ١٣٨٠ هـ
ـ المرأة عند قدماء اليونان الدكتور محمود سلام الزناتي ١٩٥٧ م
ـ المرأة عند الرومان للدكتور محمود سلام الزناتي ١٩٥٨ م
ـ اختلاط الجنسين عند العرب الدكتور محمود سلام الزناتي ١٩٥٩ م
ـ الاقباط . حلمي جرجس ١٩٥٦ م
ـ اسرار الكنيسة . القاهرة
ـ علم الاجتماع الجنائي للدكتور حسن الساعاتي .
ـ مجلة القانون والاقتصاد .
ـ مجلة المحاماة الشرعية .
ـ مجلة المحاماة .
ـ مجموعة دالوز .
ـ قواعد الاحكام في مصالح الانام للشيخ عز الدين بن عبد السلام (٦٦٠ هـ) مطبعة الاستقامة في القاهرة .
ـ النظائر للسيوطي (٩١١ هـ) مطبعة مصطفى البابي بالقاهرة ١٩٣٨ هـ .

٭٭٭

١٦ – مؤلفات حديثة في الاحوال الشخصية

– الاحكام الشرعية للاحوال الشخصية الشيخ احمد ابراهيم الطبعة الثالثة ١٩٣٨ م القاهرة

– شرح الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية تأليف الشيخ محمد زيد الابياني ١٩٢٤ م القاهرة

– عقد الزواج وآثاره الشيخ محمد ابو زهرة ١٩٥٨ م القاهرة.

– احكام الشريعة الاسلامية في الاحوال الشخصية تأليف الشيخ عمر عبد الله ١٩٥٨ م القاهرة

– احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية تأليف الشيخ عبد الرحمن تاج ١٩٥٥ م القاهرة

– الاحوال الشخصية قسم الزواج للشيخ محمد ابو زهرة ١٩٥٠ م القاهرة

– شرح قانون الاحوال الشخصية الدكتور مصطفى السباعي ١٩٥٨ م دمشق

– براهين الكتاب والسنة الناطقة على وقوع الطلقات المجموعة منجزة أو معلقة تأليف شيخ سلامةالقاضي الشافعي ١٣٦٦ هـ

– مشروع الزواج والطلاق محمد احمد عدوي وعبد العزيز خولي ١٩٢٨ م

– الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية تأليف محمد محي الدين عبد الحميد ١٩٥٨ م

– فرق الزواج للشيخ علي الخفيف ١٩٦٠ م

– الزواج والطلاق في الاسلام للدكتور محمد سلام مدكور ١٩٥٧ م

– الزواج والطلاق في الاسلام تأليف بدران ابو العينين ١٩٥٧ م

ـ مذكرات في فقه القرآن والسنة للشيخ محمد الزفزاف . كلية الحقوق جامعة القاهرة
ـ الزواج والطلاق على المذاهب الخمسة للشيخ محمد جواد مغنية بيروت ١٩٦٠ م
ـ فقه الكتاب والسنة للشيخ حسن مأمون .
ـ عيون المسائل الشرعية في الاحوال الشخصية للاستاذ علي محمد حسب الله
ـ الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية للشيخ عبد الوهاب خلاف ١٣٥٤ هـ
ـ الزواج في الشرع الاسلامي والقوانين اللبنانية تأليف انور الخطيب بيروت ١٩٦٠ م
ـ بحوث في التشريع الاسلامي واسانيد قانون الزواج والطلاق للشيخ مصطفى المراغي طبع مصر ١٣٤٦ هـ
ـ احكام الزواج والاحوال المتفرعة عنه في سوريا للاستاذ مصطفى الزرقاء ١٩٥٣ دمشق
ـ الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية مطبعة التأليف ١٨٩٥ م القاهرة
ـ خلاصة احكام الاسرة للشيخ عبد الحكيم محمد . القاهرة .
ـ خلاصة الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية . محمد سلامة . القاهرة
ـ القول الجامعي في الطلاق البدعي والمتتابع للشيخ محمد بخيت المطبعة الخيرية بمصر ١٣٢٠ هـ
ـ فقه القرآن والسنة للشيخ علي قراعة . القاهرة ١٩٥٨ م .

مراجع الاحوال الشخصية لغير المسلمين

– قضاء الاحوال الشخصية للطوائف الملية تأليف أحمد صفوة ط ١٩٣٦ م

– احكام الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين تأليف المستشارحلمي بطرس ط ١٩٥٧ م

– شرح الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين للمستشار تادرس ميخائيل تادرس الطبعة الاولى

– مذكرات على الآلة الكاتبة في الاحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور فؤاد شباط

– انحلال الزواج واسبابه في التشريعات الاوربية للدكتور جميل الشرقاوي

– الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين وللأجانب للدكتور احمد سلامة ١٩٦٠ م

– احكام الاحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين خمسة اجزاء للدكتور شفيق شحاتة ١٩٥٧ – ١٩٦١ م

– احكام الشريعة في الاحوال الشخصية للاسرائليين تأليف م . حـــاي بن شمعون ط ١٩١٢ م

– القراءون والربانيون تأليف مراد فرج ١٩١٨ م

– شعار الخضر في الاحكام الشرعية الاسرائيلية للقرائين تعريب وشرح مراد فرج ١٩١٧ م

– شرح مبادىء الاحوال الشخصية للطوائف الملية تأليف إهاب حسن اسماعيل ١٩٥٧ م

– انحلال الزواج في شريعة الاقباط الارثوذكس تأليف الدكتور إهاب حسن اسماعيل ١٩٥٩ م

ـ الاحوال الشخصية لغير المسلمين للدكتور جميل الشرقاوي مكتبة النهضة المصرية

ـ الاحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية من المصريين تأليف محمد محمود نمر وإلفي بقطر حبشي ١٩٥٧

ـ الخلاصة القانونية في الاحوال الشخصية لكنيسة الاقباط الارثوذكسيين تأليف الايغومانس فيلوتاؤس مع شرح جرجس فيلوتاؤس عوض ط ١٩٣٣ م

ـ الاحوال الشخصية للأجانب في مصر تأليف جميل خانكي ١٩٥٠ م

ـ محيط المبادىء الحديثة للقضاء المصري في الاحوال الشخصية وضع محمد حلمي عبد القاضي ١٩٥٧ م

ـ القانون الدولي والملّي الخاص في فلسطين والشرق الادنى تأليف المستر فريدريك كودبي القدس ١٩٣١

ـ مقدمة للاسفار غير القانونية ترجمة القس صالح سابا

ـ المسيحية في الاسلام تأليف ابراهيم لوقا ١٩٥٨ م

ـ التقنين المدني اليوناني للاستاذ جورج رويلوس

ـ الأحوال الشخصية للاجانب والمصريين تأليف كامل عثمان ١٩٥٨ م

ـ الاحوال الشخصية في القانون الفرنسي للدكتور حسن الاشموني ١٩٥٠ م

١٧ ـ الكتب القانونية

- اصول القانون للدكتور عبد الرزاق السنهوري والدكتور احمد حشمت ابو ستيت ١٩٥٢ م
- اصول تاريخ القانون للدكتور عمر ممدوح مصطفى ١٩٥٤ م
- بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني الدكتور صوفي حسن ابو طالب .
- الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها للدكتور محمد معروف الدواليبي ١٣٧٤ هـ
- اصول القانون للدكتور حسن كيرة ١٩٥٦ م
- الفقه الاسلامي والقانون الروماني محمد ابو زهرة
- الاقباط حلمي جرجس ١٩٥٦ م
- جرائم البغاء دراسة مقارنة للدكتور محمد نيازي حتاته ١٩٦١ م
- المدخل للقانون الخاص تأليف الدكتور عبد المنعم البدراوي .
- الحقوق الرومانية الدكتور عبد المنعم البدراوي
- التقنين المدني الجديد للدكتور محمد علي عرفه دار النهضة المصرية ١٩٤٩ م
- نظرية العقد للدكتور سليمان مرقس دار النشر للجامعات القاهرة ١٩٥٧
- نظرية بطلان التصرف القانوني للدكتور جميل الشرقاوي القاهرة ١٩٥٦
- المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية للدكتور سليمان مرقص دار النشر للجامعات القاهرة ١٩٦٠
- نظرية الالتزام العامة للاستاذ مصطفى الزرقاء . دمشق ١٣٨٠ هـ .

الفهارس

الاعلام الذين ترجم لهم في التعليقات

فهرس أهم الاعلام

الذين وردت ترجمتهم في هامش هذا الكتاب

❊ ❊ ❊

فهرس اهم التعليقات

التي وردت في هامش هذا الكتاب

* * *

فهرس أهم المبادىء القضائية
التي وردت في هذا الكتاب حسب الشريعة الاسلامية

١٢ ـ اذا قتل المرتد على ردته فزوجته ترثه في العدة محكمة مصر الابتدائية الشرعية (١١٦)

١٣ ـ ان تعويض الطلاق التعسفي يجب الا يزيد على نفقة سنة . محكمة النقض السورية (١٢٥)

١٥ ـ الطلاق المتكرر يعتبر طلاقاً واحداً . محكمة المنيا في مصر (٢٦٥)

١٦ ـ الطلاق المتكرر في مجلس واحد لا يقع إلا طلقة واحدة . محكمة النقض السورية (٢٦٥)

١٧ ـ ان التفويض اذا كان حين عقد الزواج بصيغة مطلقة فلا يتقيد بالمجلس وللزوجة ان تطلق نفسها متى شاءت . محكمة طنطا الشرعية (٣٥٧)

١٨ ـ جواز المخالعة على إرضاع الطفل . محكمة الجمالية الشرقية في مصر (٥٨٤)

١٩ ـ اذا اختلعت المرأة من زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل . محكمة القاهرة الابتدائية (٥٨٥)

٢٠ ـ اذا ادعى الزوج البراءة ولم يثبتها يعتبر الطلاق بائناً . محكمة ابو قرقاص الشرعية بمصر (٥٩٢)

٢١ ـ وعكس الحكم السابق : ادعاء الزوج الطلاق مقابل البراءة مع عدم ثبوتها يجعله رجعياً . محكمة الغشن الشرعية بمصر (٥٩٢)

٢٢ ـ عدم حصر العيوب التي تجيز طلب التفريق . العبرة الاطباء لخبرة محكمة بور سعيد الشرعية . (٧٠٥)

٢٣ ـ اذا قرر الطب ان علاج المريض يطول ولو كان من المحتمل شفاؤه فللقاضي التفريق اذا طلبت الزوجة ذلك محكمة القاهرة الابتدائية (٧٠٥)

٢٤ ـ اذا علمت الزوجة بجنون زوجها فيسقط حق خيارها (نقدنا لهذا الحكم) محكمة طلخا الشرعية (٧٠٥)

٢٥ – وعكس ذلك : ان سكوت الزوجة عن مرض زوجها املا بشفائه لا يعتبر تنازلا عن حقها . محكمة الاسكندرية (٧٠٦)

٢٦ – اذا سرى المرض الى الزوج الآخر كان سبباً موجباً للتفريق بينهما محكمة شبين الكوم (٧٠٦)

٢٧ – حكم العيب بسبب العنة يخضع لمذهب ابي حنيفة (نقد لهذا الحكم) محكمة الاقصر (٧٠٦)

٢٨ – الاتصال الجنسي مرة واحدة يسقط حق طلب التفريق (راينا في هذا الحكم) محكمة الاسكندرية (٧٠٧)

٢٩ – من الضرر الذي يجيز للزوجة طلب التفريق تعاطي الزوج المسكرات والمخدرات . محكمة كرموز الشرعية (٧٨٥)

٣٠ – هجر الزوج فراش زوجته من الاضرار الموجبة للتطليق. محكمة جرجا الشرعية بمصر (٧٨٦)

٣١ – اذا افترق الزوجان سنة فأكثر كان سبباً موجباً للتفريق . محكمة المنيا الكلية بمصر (٧٨٦)

٣٢ – غياب الزوج عن زوجته سنة فأكثر يجيز لها طلب التفريق .محكمة الدر الشرعية بمصر (٧٨٧)

٣٣ – يشترط لطلب التفريق استمرار الضرر . محكمة الازبكية بمصر (٧٨٧)

٣٤ – يحكم القاضي بموجب قرار الحكمين . محكمة مصر الابتدائية (٧٨٧)

٣٥ – يتوجب على الحكمين عند تعذر استمرار الحياة الزوجية ايقاع التفريق بين الزوجين . محكمة النقض السورية (٧٨٧)

٣٦ – كون الحكمين من الاهل من النظام العام ، ولا يصار الى تعيين الأباعد إلا عند التعذر . محكمة النقض السورية (٧٨٨)

٣٧ – اذا غاب الزوج سنة فأكثر بدون عذر مقبول فللزوجة حق طلب التفريق . محكمة القاهرة الابتدائية (٨٠١)

٣٨ ـ لا بد من الاعذار قبل التطليق للغياب محكمة ادفو الشرعية بمصر (٨٠١)

٣٩ ـ لا تفريق للسجن اذا كانت مدة السجن اقل من ثلاث سنوات . محكمة السيدة الشرعية (٨٠١)

٤٠ ـ ان نفقة الزوجة على زوجها ولو كانت غنية . محكمة النقض السورية (٨٥٦)

٤١ ـ ان رد الدعوى للاعسار لا يمنع تجديدها . محكمة النقض السورية (٨٥٦)

٤٢ ـ النفقة التي تطالب بها الزوجة في التفريق هي نفقة المعسرين لا الموسرين محكمة ديروط الشرعية بمصر (٧٥٦)

٤٣ ـ لا تطلق الزوجة للاعسار اذا كان لها كفيل بالنفقة وموسر وله مال ظاهر . محكمة سنورس الشرعية (٧٥٦)

٤٤ ـ اذا تعذر الاعذار الى المدعى عليه بالانفاق حكم القاضي بالتفريق بدون اعذار . محكمة الفيوم بمصر (٨٥٧)

٤٥ ـ لا تسمع من الزوج دعوى مراجعة مطلقته للاعسار ما دامت حاله لم تتغير الى اليسار (ملاحظتنا حول هذا الحكم) (٨٥٧)

٤٦ ـ لا تقع الرجعة من طلاق للاعسار الا اذا ايسر الزوج واستعدللانفاق محكمة شبين القناطر (٦٥٧)

٤٧ ـ القاضي هو يقدر كفاية اليسار والاستعداد للنفقة من الاعسار محكمة الاسكندرية الابتدائية الشرعية (٨٥٧)

٤٨ ـ الرجعة مع الاصرار على عدم الانفاق رجعة باطلة .محكمة ههيا الشرعية بمصر (٨٥٨)

٤٩ ـ الرجعة بشرط الاستعداد للانفاق واليسار صحيحة اذا حصلت الرجعة في العدة . محكمة طنطا الشرعية (٨٥٨)

٥٠ ـ تغيير الدين طلاق وليس بفسخ لدى الاحناف . محكمة المنيابمصر (٩٨٣)

٥١ ـ لا تقع الفرقة بتغيير الدين بنفس الاسلام محكمة القاهرة الابتدائية (٩٨٣)

٥٢ ـ اذا اسلم الزوج والزوجة كتابية فلا فرقة محكمة القاهرة الابتدائية (٩٨٣)

فهرس اهم المبادىء القضائية والملية
التي وردت في هذا الكتاب للشرائع اليهودية والمسيحية والقوانين الاجنبية

٩ — التطليق للمرض خشية العدوى لدى الاقباط الارثوذكس محكمة القاهرة الابتدائية (٧٢٩)

١٠ — حق طلب التفريق للسليم دون المريض لدى الارثوذكس مجلس ملي فرعي الاسكندرية (٧٢٩)

١١ — التطليق للجنون لدى الارثوذكس ينبغي مضي خمس سنوات على المرض محكمة دمنهور الابتدائية (٧٢٩)

١٢ — اذا اثبت التقرير الطبي ان الزوج مصاب بعنة نفسية جاز التفريق لدى الارثوذكس . محكمة الاسكندرية الابتدائية (٧٢٩)

١٣ — حصر الامراض المسوغة للتفريق والرجوع الى قانون١٩٣٨لدى الارثوذكس (نقدنا لهذا الحكم) . محكمة استئناف القاهرة (٧٣٠)

١٤ — الامراض التي تجيز التفريق جاءت على سبيل الحصر لدى الاقباط الارثوذكس . استئناف القاهرة (٧٣١)

١٥ — لا تفريق بسبب الضرب لدى اليهود الا اذا اعتاد الزوج ذلك . استئناف القاهرة (٨٠٤)

١٦ — التفريق للغياب لدى اليهود يجب ان يكون لغير عذر مقبول . استئناف القاهرة (٨٠٥)

١٧ — استئناف النفور بين الزوجين سبب يبيح الطلاق لدى الاقباط الارثوذكس استئناف القاهرة (٨٠٨)

١٨ — يجب البحث عن المتسبب بالضرر لغير المتضرر حق طلب التفريق لدى الاقباط الارثوذكس . استئناف القاهرة (٨٠٨)

١٩ — التفريق للاساءة لدى الاقباط الارثوذكس . استئناف الاسكندرية (٨٠٨)

٢٠ — اذا تعذر عودة الحياة الزوجية جاز للقاضي التفريق لدى الاقباط الارثوذكس . محكمة بنها الابتدائية (٨٠٩)

٢١ — اذا وصل الخلاف بين الزوجين الى اتهام احدهما بوجود علاقة بينه

وبين اجنبي جاز التفريق لدى الاقباط الارثوذكس استئناف الاسكندرية (٨٠٩)

٢٢ – استمرار تبادل الاتهامات بين الزوجين سبب يبرر التفريق لدى الاقباط الارثوذكس مجلس ملي فرعي الاسكندرية (٨١٠)

٢٣ – اتهام الزوجة لزوجها بجريمة خلقية سبب مبرر للتفريق لدى الاقباط الارثوذكس . محكمه القاهرة الابتدائية (٨١٠)

٢٤ – اذا هجر الزوج زوجته خمس سنوات جاز لزوجته طلب التفريق لدى الاقباط الارثوذكس استئناف الاسكندرية (٨١٠)

٢٥ – يجب ان يكون مصدر الهجر المدعى عليه لطلب التفريق لدى الاقباط الارثوذكس محكمة القاهرة الابتدائية (٨١٠)

٢٦ – يجوز التفريق لدى الارمن الارثوذكس في حال وجود تنافر بين الزوجين يجعل الحياة المشتركة مستحيلة . استئناف القاهرة (٨١١)

٢٧ – الاعتداء الذي يصل الى محاولة القتل سبب مبرر للطلاق لدى الاقباط الارثوذكس محكمة المنيا الابتدائية (٨١١)

٢٨ – يجوز التطليق للغيبة لدى لارثوذكس مجلس ملي فرعي دمنهور (٨١١)

٢٩ – يشترط في التفريق للسجن لدى الاقباط الارثوذكس ان تكون مدة العقوبة سبع سنوات . محكمة استئناف القاهرة (٨١١)

٣٠ – ان حكم الادانة في جنحة لايجوز ان يعتبر اهانة جسيمة يجيز طلب التفريق في القانون الفرنسي الا اذا كان بسبب حادث يخل بشرف الزوج مباشرة محكمة تولوز (٨١٤)

٣١ – ان مجرد الاهانة مرة واحدة ولو كانت غير علنية يكفي لان يكون سبباً للطلاق بسبب ان تكون الاهانة جسيمة في القانون الفرنسي . حكم دائرة الالتماسات الفرنسية (٨١٦)

٣٢ ــ المقصود باعمال العنف التي تبرر دعوى الطلاق في القانون الفرنسي هي تلك الاعتداءات الصادرة من زوج على حياة زوجه الآخر التي تعرض حياته للخطر . محكمة مونبيبليه بفرانسا (٨١٦)

٣٣ ــ امتناع الزوج عن مباشرة زوجته عدة شهور يعتبر اهانة جسيمة في حقها يجيز لها طلب التفريق في القانون الفرنسي . حكم دائرة الالتماسات الفرنسية (٨١٦)

٣٤ ــ ان هجر الزوج مسكن الزوجية يمكن ان يعتبر اهانة جسيمة في القانون الفرنسي . حكم محكمة ديجون في فرانسا (٨١٦)

٣٥ ــ شعور الكراهية وعدم الثقة التي يواجه بها الزوج زوجته يمكن ان تعتبر في حق الزوجة اهانة جسيمة تجيز لها طلب التفريق في القانون الفرنسي . حكم دائرة الالتماسات (٨١٦)

٣٦ ــ الاعتداء بالضرب والاذى ومنع الزوجة من الخروج يعتبر خطأ يجيز للزوجة طلب التفريق في القانون اليوناني . محكمة الاسكندرية (٨١٨)

٣٧ ــ سوء سلوك الزوجة يجيز للزوج ان يطلب الطلاق بسببه لدى اليهود . حاخاخمانة الاسكندرية (٩٠٦)

٣٨ ــ التفريق للزنا في المسيحية يشمل الزنا حقيقة والزنا الحكمي وهو الطريق المؤدي الى الزنا محكمة القاهرة الابتدائية (٩١٦)

٤٠ ــ سوء المعاشرة واستحكام الخلاف سبب يبرر طلب الطلاق . محكمة استئناف الاسكندرية (٩١٧)

٤١ ــ اذا ساء احد الزوجين معاشرة الآخر واخل بواجباته كان سبباً مبرراً لطلب الطلاق محكمة الاستئناف في القاهرة (٩١٧)

فهرس مواضيع الكتاب

الباب الاول : مشروعية الطلاق وأنواعه

الفصل الاول ــ مشروعية الطلاق

الفصل الثاني ــ هل الأصل في الطلاق الحظر أم الاباحة

طلاق المريض مرض الموت (١١٢) ما ذهب اليه القضـــاء السوري في طـــلاق المريض مرض الموت (١١٢) ٢ ــ طلاق المرتد (١١٦) ٣ ــ ما نراه في هذا الموضوع لم يعد الحظر الدياني كافياً في الطلاق لدى نفوس بعدت عن دينها فلا بد من تدخل القضاء (١١٧) اذا أساء الزوج استعمال حقه في الطلاق فالقاضي يلزمه بالتعويض . ان الفقهاء حين اجمعوا على اعطاء حق الطلاق للرجل دون رقيب فانما قرروا ذلك لمن يستخدم هذا الحق في محله (١١٨)

٤ ــ المتعة وأقوال الفقهاء فيها (١٢٠) رأي الظاهرية والشافعية (١٢٠) مذهب الاحناف (١٢٢) مذهب المالكية والحنابلة (١٢٣) الجعفرية (١٢٤) . ما ذهب اليه القانون السوري . ما نراه في تحديد التعويض بنفقة سنة (١٢٥) .

الفصل الثالث ــ انواع الطلاق

المبحث الاول : الطلاق الرجعي وأحكام الرجعة .

الطلاق الرجعي . الرجعة . تعريفها (١٢٦) ودليلها ومصدرها (١٢٩) بم تحصل المراجعة (١٣١) هل تصح المراجعة بفعل من الزوجة (١٣٤) الرجعة بقصد المضارة (١٣٥) رأينا : ان الرجعة بقصد المضارة باطلة ويعتبر طلاق الزوج زوجته ثانية دون أن يجامعها قرينة على الضرر والطلقة الثانية باطلة لأن الرجعة غير صحيحة (١٣٨) ما ذهب اليه القانون الاندنوسي ان الرجعة بدون رضاء الزوجة غير صحيحة (١٣٩) نقدنا لهذا القانون وبيان رأينا فيه (١٣٩) الاعلام بالمراجعة. (١٤٠). ترجيحنا للرأي القائل بوجوب اعلام الزوجة بمراجعتها وإلا كانت باطلة (١٤٣) الاشهاد عـــلى المراجعة (١٤٣)

المبحث الثاني : الطلاق البائن بينونة صغرى

أنواع الطلاق البائن في مختلف المذاهب (١٤٦) هل يملك الرجل أن يجعل من الطلاق الرجعي طلاقاً بائناً (١٤٨) .

المبحث الثالث : الطلاق البائن بينونة كبرى (١٥١)

الفرع الأول : الطلاق في القرآن الكريم . ما ذهب اليه المفسرون في قوله تعالى : الطلاق

مرتان (١٥٢) اختلاف المفسرين بتأويل آية الطلاق مرتان هل هي لبيان الطلاق المشرع ام لبيان الطلاق الذي يملك فيه الزوج الرجعة . رأينا ان كلا التأويلين لا بد أن يعتمد على تفسير صحيح لكلمة التسريح في الآية (١٥٥) معنى التسريح (١٥٦)

الفرع الثاني : الطلاق السني والبدعي (١٥٨) هل ايقاع الطلقات الثلاث محرم ديانة ام قضاء (١٥٨) ادلة من قال ان الطلاق الثلاث بدعي محرم (١٦٠) الطلاق السني والبدعي لدى الاحناف (١٦٣) لا بدعة في طلاق الثلاث لدى الشافعية وابن حزم (١٦٧) . رأينا فيما ذهب اليه الشافعي وابن حزم .

الفرع الثالث : هل يقع الطلاق الثلاث : المطلب الأول : تصنيف الموضوع (١٧٠) تصنيف ابن حزم (١٧١) ملاحظاتنا حول هذا التصنيف . تصنيف ابن القيم (١٧٢) تصحيح بعض ما ذهب اليه ابن القيم ورأينا في تصنيفه (١٧٣) ما ذهب اليه القرطبي وابن حجر وصاحب سبل السلام (١٧٩)

المطلب الثاني : التصنيف الذي نختاره (١٨٠) المذهب الاول : مذهب عدم وقوع الثلاث (١٨١) عدم صحة قول الشوكاني الذي اعتبره الاستاذان الزفزاف والخفيف حجة لرأيهم . نقدنا للشوكاني (١٨٢) تحرير النقول التي تناقلها الفقهاء القدامى والمحدثون في هذا الموضوع (١٨٣) خطأ ما ذهب اليه صاحب الروضة الندية وتصحيحنا لذلك (١٨٤) مناقشة الاستاذ الزفزاف فيما نقله (١٨٥) مناقشة الاستاذ الخفيف (١٨٦) مذهب الجعفرية في الطلاق الثلاث بكلمة واحدة (١٨٨) اضطراب النقل في هذا المذهب في المؤلفات القديمة والحديثة . تحرير مذهب الجعفرية في الطلاق الثلاث بلفظ واحد (١٩٢) المذهب الثاني : من قال بوقوع الطلاق الثلاث طلقة واحدة (١٩٤) .

مذهب الجعفرية في الطلاق المتتابع (١٩٤) خلاصة مذهب الجعفرية : ان الطلاق الثلاث بكلمة واحدة يقع واحدة عند جمهورهم . وقال بعضهم : لا يقع به شيء . أما الطلاق المتكرر المتتابع فلا خلاف أنه يقع واحدة (١٩٧) .

الباب الثاني ـ الطلاق بالارادة المنفردة

الفصل الاول ـ الصيغة

الفصل الثاني ــ القصد

الفصل الثالث : المطلق

الفصل الرابع : المطلقة

* * *

الجزء الثاني

الباب الثالث : الطلاق باتفاق الزوجين

الفصل الأول : الخلع في الشريعة الاسلامية

رأي الحنابلة (٥٦٨) الاشهاد في الخلع . (٥٦٩)

الفرع الرابع : العوض . المطلب الأول : مشروعية اخذ العوض في الخلع (٥٧٠)
— ١ — هل يشترط الشقاق والخلاف بين الزوجين لجواز الخلع . رأي الجمهور عدم الاشتراط (٥٧١) ما ذهب اليه الزيدية والظاهرية والجعفرية انه لا يجوز الخلع إلا بوجود الشقاق بين الزوجين . ادلة الطرفين ومناقشتها (٥٧٢) — ٢ — شرط الكراهية من الزوجة . عدم اشتراط الجمهور الكراهية لصحة الخلع (٥٧٣) اشتراط الظاهرية والجعفرية شرط كراهية الزوجة لصحة الخلع (٥٧٤) الخلاف عند الزيدية (٥٧٥) مذهب الاباضية (٥٧٦) — ٣ — شرط عدم المضارة من الزوج (٥٧٦) مذهب الحنابلة : اذا عضل الزوج زوجته لتفتدي نفسها فالخلع باطل ويقع الطلاق رجعياً (٥٧٦) مذهب المالكية : الخلع غير صحيح في حال مضارة الزوج واذا قبض عوض الخلع فيجب عليه رده (٥٧٧) مذهب الاحناف : عدم جواز العضل غير ان الخلع صحيح ويحرم ديانة . منشأ الخلاف في راينا منشأه القاعدة الاصولية ان النهي عن الشيء هل يقتضي فساد المنهي عنه (٥٧٨) مذهب الاباضية : اذا عضل الزوج زوجته لتفتدي نفسها يجوز قضاء لا ديانة (٥٧٩)

المطلب الثاني : مقدار العوض في الخلع اولا : اذا كان النشوز من جانب الزوجة ثلاثة اقوال للفقهاء (٥٨٠) — ١ — الزيدية : لا يجوز الخلع باكثر مما دفع الزوج لزوجته من مهر وما للزوجة عند زوجها من حقوق نفقة لها ولأولادها .— ٢ — الظاهرية والجعفرية والشافعية والمالكية : يجوز ان يكون العوض اكثر مما دفعه اليها من مهر . ما نراه في تحديد عوض الخلع (٥٨٢) يجب الا يتجاوز عوض الخلع عما ساقه الزوج الى زوجته من مهر وذلك لثلاثة امور : لمدلول الآية الكريمة : ولا يحل لكم .. ولحديث ثابت بن قيس . وللمصلحة التي تؤمن تحقيق الخلع بشكل لا تعسف فيه (٥٨٢) ثانياً : اذا كان النشوز من جانب الزوج والكراهيه منه مذهب الاحناف : عدم جواز اخذ العوض ديانة (٥٨٣)

المطلب الثالث : نوع العوض الذي يتم به الخلع (٥٨٥) الخلع على اسقاط حق احد

١ ـ ان الطلاق حق ينفرد به الزوج اما الفسخ فهو بالتراضي والخلع كذلك .
٢ ـ الأصل في ان يكون رجعياً و في اعتبار الخلع طلاقاً رجعياً تنافياً مع الغرض المقصود منه فكان لا بد من اعتباره فسخاً توسعة لعدة الطلقات التي يملكها الزوج ٥ ـ وفي ذلك قضاء على تعدد الطلقات في العدة ٦ ـ وفي هذا ايضاً قضاء على خلع الاجنبي اذ أنالفسخ لا يجوز ان يكون إلا بين الزوجين أو من ينوب عنهما (٦١٥) الاثار التي تترتب على اعتبار الخلع فسخاً أو طلاقاً (٦١٦)
المبحث الرابع : اذا طلبت الزوجة المخالعة من زوجها فهل يجب عليه أن يلبي طلبها فيطلقها (٦١٨) الجمهور على أنه يندب للزوج ان يجيب زوجته الى طلبها بالمخالعة . بعض الجعفرية وبعض الحنابلة انه يجب ذلك وجوباً لا ندباً (٦٢٠) ما اراه في هذا الموضوع : ان الزوجة اذا طلبت المخالعة فيجب على الزوج ديانة ان يجيبها الى ذلك بعد تعذر الاصلاح وإلا رفعت الأمر للقاضي فيفرق بينهما (٦٢١) ما يرد من اعتراضات على هذا الرأي (٦٢١) ـ١ـان امر النبي عليه السلام في خلع ثابت ابن قيس كان امر ندب واستحباب لا أمر وجوب . والجواب : ليس في الحديث ما يصرف الأمر عن الوجوب . بل هناك في بعض الروايات الصحيحة ان النبي صلى الله عليه وسلم فرق بينهما وثابت في بيته ـ ٢ ـ ان تفريق النبي كان بصفته مشرعاً فليس له صفة الدوام . والجواب : ان هذا التفريق كان تشريعاً بدليل ان هذه الحادثة هي من مصادر تشريع الخلع (٦٢٢) ـ ٣ ـ طلاق ثابت زوجته كان خوفاً من النبي. الجواب: لم يكن من عادة الصحابة الا الجرأة والمناقشة للنبي في جميع امورهم . ما يدل على ذلك من السيرة (٦٢٣) كان الصحابة يفرقون في اوامر النبي بين الاوامر التي لهم فيها الخيار وبين الاوامر الملزمة . الدليل على ذلك حديث بريرة . (٦٢٤) .بحث الموضوع من الناحية الواقعية (٦٢٥) اذا لم يحقق الزواج هدفه ، وتبين للزوجة في زوجها مالو رآه فيها لطلقها فماذا تفعل . قصة ام يزيد زوجة معاوية حينما فضلت اعرابياً على امير المؤمنين معاوية فطلقها (٦٢٦) تخيير النبي زوجاته بالبقاء او الفراق دليل على انه لا تعنت ولا اجبار ولا اكراه في الحياة الزوجية (٦٢٧) ما ذكره ابن رشد : ان الله جعل الخلع بيد المرأة اذا بغضت زوجها كما جعل الطلاق بيد الزوج اذا بغض زوجته

(٦٢٨) الخلاصة : لكل من الزوجين مفارقة صاحبه اذا تعذر عليهما الاصلاح (٦٢٩)

البحث الخامس : الخلع في قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية(٦٣٠)مصر . ملاحظاتنا على ما جاء في هذا القانون (٦٣١) سوريا العراق . تونس . المغرب . ما نلاحظه في هذه القوانين (٦٣٢)

الفصل الثاني : الطلاق باتفاق الزوجين لدى الامم القديمة والشرائع السابقة

الفصل الثالث : الطلاق باتفاق الزوجين في القوانين الاجنبية (٦٤٢)

الباب الرابع : الطلاق بحكم القاضي

الفصل الاول : التفريق للعيوب والامراض

لا تفريق بالعيب ان كان قبل العقد او بعده . هل هذا الحق على الفور ام على التراخي . ما استثني من الفورية (٦٧٥) هل للمريض ان يطلب التفريق . بطلان الفسخ (٦٧٦) شروط الخيار في العيب لدى الحنابلة (٦٧٧) هل يشترط ان يكون العيب قبل الدخول. هل يثبت على الفور ام على التراخي. اذا رضي احدهما بعيب في صاحبه ثم ظهر غيره من العيوب . هل يشترط بقاء العيب حتى طلب التفريق (٦٨٥) شروط الخيار في العيب لدى الجعفرية (٦٧٩) ما يسقط الخيار (٦٨٠) الفورية في طلب الفسخ . لو رضي بعيب ثم اتسع (٦٨٢) اذا امكن علاج المرض فلا خيار (٦٨٢) اذا تبين العيب بعد الطلاق فلا بطلان للفسخ (٦٨٩) شروط الخيار بالعيب عند المالكية (٦٨٣) التفرقة بين العيوب ان وجدت قبل العقد او بعده . العيوب الجنسية (٦٨٤) هل للمريض حق طلب التفريق (٦٨٥) ما يسقط حق الخيار . تداوي المريض (٦٨٦) شروط الخيار لدى الأباضية (٦٨٧) شروط الخيار بالعيب لدى الزيدية (٦٨٩) شروط الخيار بالعيب لدى الاحناف (٦٩١) .

الفرع الرابع : آثار الفرقة بالعيب (٦٩٢) — ١ — من قال ان الفرقة طلاق : الاحناف . المالكية (٦٩٢) — ٢ — من قال ان الفرقة فسخ : الشافعية والحنابلة الزيدية الجعفرية (٦٩٣) الاباضية (٦٩٥)

البحث الثاني : التفريق للعيوب والامراض في قوانين البلاد العربية (٦٩٦)

الفرع الاول : نصوص القوانين (٦٩٦) لبنان . الاردن . تونس (٦٩٧) المغرب (٦٩٧) العراق . سوريا (٦٩٨) مصر (٦٩٩) .

الفرع الثاني : نظرات سريعة في مواد التفريق للعلل والامراض في القوانين العربية (٧٠١) من اين استمدت القوانين العربية هذه المواد (٧٠٣) ما اراه في هذا الموضوع خلافاً لما ذهب اليه شراح القانون ان مصدر هذه المواد هو المذهب الحنفي لا المالكي بالنسبة الى جميع القوانين التي اعطت هذا الحق للزوجة دون الزوج . ودليلي :

١ — ان القوانين العربية اعتبرت التفريق للعيوب طلاقاً لبقية المذاهب ،

٢ – انها أعطت الحق للزوجة دون الزوج وهذا من المذهب الحنفي بينما في المذهب المالكي وغيره هو حق للزوجين

٣ – ان مذهب محمد من الحنيفة هو المذهب الوحيد الذي لم يحصر العيوب الموجبة للتفريق كما ذهب اليه القانون (٧٠٤) .

حد ذاته ليس ضرراً في ذاته(٧٩٠) بالنسبة للزوجة الثانية: اذا علمت حين الزواج انه متزوج فلا خيار لها . اما اذا لم تعلم فلها حق طلب الفسخ للتغرير بها ولانها تزوجته على شرط ملحوظ انه غير متزوج (٧٩١) ما جاء في القانون المغربي من حق الزوجة في ان تشترط عدم التزويج عليها (٧٩١) .

المطلب الثالث : ما نقترحه من مواد في هذا الموضوع (٧٩٢)

الفرع الثالث : التفريق للغيبة أو للسجن (٧٩٣)

المطلب الاول : آراء المذاهب : الاحناف ، الشافعية (٧٩٣) الظاهرية ، الزيدية الجعفرية (٧٩٤) الحنابلة (٧٩٥) .

المطلب الثاني : قوانين الاحوال الشخصية في البلاد العربية لبنان ، العراق (٧٩٧) الاردن ، تونس ، مصر ، المغرب (٧٩٨) سوريا . ملاحظتنا على ما ذهبت اليه هذه القوانين (٨٠٠) .

المطلب الثالث : الاجتهادات القضائية في الغائب والمحبوس (٨٠١) .
الغياب بدون عذر مشروع . لا بد من الاعذار قبل التطليق (٨٠١) لا بد من مضي سنة على حبس الزوج لطلب التفريق (٨٠٢) .
المبحث الثاني : التفريق للضرر لدى اليهود والمسيحية (٨٠٣) .

الفرع الاول : التفريق للضرر عند اليهود . طائفة الربانيين (٨٠٣) التفريق للضرر التفريق للشقاق (٨٠٤) التطليق للغيبة ؛ طائفة القرائين (٨٠٥) .

الفرع الثاني : التطليق للضرر في المسيحية (٨٠٦) الاقباط الارثوذكس . ما ذكره ابن العسال في المجموع الصفوي ما جاء في مصباح الظلمة لابن كثير . أسباب فسخ الزيجة في الخلاصة القانونية (٨٠٦) التفريق للضرر في قانون عام ١٩٣٨ وفي مشروع عام ١٩٥٥ (٨٠٧) الارمن الارثوذكس (٨٠٧) الاجتهادات القضائية (٨٠٨) طلب التطليق هو حق للمتضرر من الزوجين (٨٠٨) التطليق للخطأ المشترك ، التطليق لاتهام احد الزوجين الاخر (٨٠٩) التطليق لهجر أحد الزوجين للآخر (٨١٠) طلب

٣ ـ أدلة القائلين بأن اللعان لا يوجب التفريق (٨٩٥) .
هل التفرقة باللعان فسخ أم طلاق (٨٩٦) التحريم المؤبد او الموقت (٨٩٧) من قال بالتحريم . حجة هذا المذهب (٨٩٨) من قال بالتحريم الموقت (٩٠٠) . رأينا في الخلاف بين المذهبين (٩٠١) .
المبحث الثاني : الطلاق للزنا لدى بعض الامم القديمة والشرائع السابقة (٩٠٣)
الفرع الاول : الطلاق للزنا عند اليونان (٩٠٣) .
الفرع الثاني : الطلاق للزنا عند الرومان (٩٠٤) .
الفرع الثالث :الطلاق للزنا لدى اليهود . طائفة الربانيين(٩٠٦) طائفة القرائين(٩٠٨).
الفرع الرابع : الطلاق للزنا في المسيحية (٩١٠) نصوص الانجيل . قوانين المسيحية في الطلاق للزنا (٩١١) قوانين المسيحية في الطلاق للزنا . المجموع الصفوي . ابـن كير . الخلاصة القانونية (٩١٢) ملاحظاتنا على هذه النصوص (٩١٢) حكم الزنا قبل الزواج (٩١٣) معنى الزنا الموجب لطلب الطلاق (٩١٤) ملاحظة الاستاذ حبشي على ما جاء في المجموع الصفوي ان تلك الا سباب من سوء الاخلاق الموجبة للتفريق لم تعد صالحة للتطبيق . ردنا على هذه الملاحظة ان العادات والاعراف تتمم نقص القوانين (٩١٥) الزنا الحكمي وما ذهب اليه الدكتور أهاب اسماعيل (٩١٦) هل حق طلب الطلاق الزامي بالنسبة للزوج الآخر (٩١٨) هل الزنا سبب ملزم للقاضي بالتفريق (٩٢٠) رأي لنا في الطلاق للزنا (٩٢١) اذا أراد أحد الزوجين الطلاق فما عليه الا أن يرتكب جريمة الزنا حقيقة او صورية . ما يرد على هذا الرأي مـن اعتراضات :
١ ـ ليس كل فرد يقدم على الزنا لخطورة هذه الجريمة .
٢ ـ ان القانون وراء الزاني حيث يعاقبه .
٣ ـ لو ثبت الزنا فيبقى حق طلب التطليق للاخر .
٤ ـ لو طلب الطرف الاخر التطليق فللقاضي حق الاجابة او الرفض (٩٢٢) الرد على هذه الاعتراضات (٩٢٣) .
المبحث الثالث : الطلاق للزنا في القوانين الاجنبية . القانون الايطالي . انكلترا (٩٢٤) التطليق للزنا في القانون الفرنسي (٩٢٥) الاجتهادات القضائية (٩٢٦) مقارنة بـين

الفصل الرابع : الفرقة بتغيير الدين (٩٦٥)

المبحث الاول : أثر تغيير دين أحد الزوجين على الزواج
في الشريعة الاسلامية (٩٦٧)

الفرع الاول : ردة أحد الزوجين (٩٦٧) — ١ — اذا ارتد الزوج — ٢ — اذا ارتدت الزوجة (٩٦٨) — ٣ — اذا ارتد الزوجان معاً (٩٦٩) نوع الفرقة التي تقع بالردة (٩٧٤) .

الفرع الثاني : اسلام أحد الزوجين (٩٧٥) — ١ — اذا أسلم الزوجان معاً أو اسلم الزوج وكانت زوجته كتابية (٩٧٦) .

الاجتهادات القضائية : الفرقة لتغيير الدين طلاقاً وليس بفسخ . لا تقع الفرقة بنفس الاسلام اذا أسلم الزوج فلا فرقة (٩٨٣)

اذا أبى الزوج الاسلام فرق بينهما (٩٨٤) ما يعتبر به المرء مسلماً (٩٨٥) ما ذهب اليه الاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة . ما يطالب به الاستاذ حلمي بطرس (٩٨٥) ما ذكره الدكتور احمد سلامه . مشروع قانون الاحوال الشخصية الموحد (٩٨٦) نصوص الفقهاء في ان العبرة في الاسلام للظاهر لا للباطن . مناقشة جميع الآراء السالفة وترجيحنا ان القاضي لا يحق له أن ينظر الى البواعث على الاسلام بل عليه الحكم بالظاهر (٩٨٧) ما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية وما خالفها من آراء (٩٨٨) ماذا وراء البحث عن الباعث على اسلام أحد الزوجين (٩٨٩) — ١ — الحيلولة دون الغش والاحتيال في اسلام أحد الزوجين (٩٩٠) يمكن علاج ذلك بتطبيق أحكام الشريعة الاسلامية على المرتد ، فالمسيحي مثلاً اذا أراد أن يسلم للغش حتى اذا تم له ما أراد عاد الى دينه يفكر في تطبيق أحكام المرتدين عليه فلا يقدم إلا عن عقيدة وإلا حرم من حقوقه وحجر على تصرفاته . وأما القتل فلا يطبق لتعطيل هذا الحكم (٩٩٠) — ٢ — عدم الحاق الضرر بالزوج الآخر . يمكن علاج ذلك باعطاء حق طلب فسخ الزواج للطرف الآخر الذي بقي على دينه الاراء التي أطلعت عليها في علاج ذلك (٩٩٢) . رأينا في هذا الموضوع ان القاضي يحكم

من آثار المؤلف

الأهلية والولاية في قانون الأحوال الشخصية السوري	طبع دار الحياة بدمشق ١٩٦٣
الزواج والطلاق	طبع جامعة حلب ١٩٦٥
المدخل لعلم الفقه	طبع جامعة حلب ١٩٦٢
الملكية ونظرية العقد في التشريع الإسلامي	طبع جامعة حلب ١٩٦٣
القواعد الكلية في الفقه الإسلامي	طبع جامعة حلب ١٩٦٧
مصادر التشريع الإسلامي وطرق استنباط الأحكام	طبع جامعة حلب ١٩٦٤
أصول الفقه الإسلامي	طبع جامعة حلب ١٩٦٦
العرف والعادة وأثرهما في التشريع الإسلامي	طبع القاهرة ١٩٦١
المصالح المرسلة في الفقه الإسلامي	طبع دمشق (الآلة الكاتبة)
الأهلية والوصية والتركات (بالاشتراك مع الدكتور السباعي)	جامعة دمشق ـ الطبعة الثالثة ١٩٦٧
نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام	طبع دار الفكر بيروت ١٩٦٨
الوسيط في قوانين الأحوال الشخصية العربية مع ردها لأصولها من المذاهب الفقهية (الجزء الأول) : أحكام الزواج وآثاره	طبع دار الفكر بيروت ١٩٦٨

تحت الطبع :

الجزء الثاني : أحكام الطلاق
الجزء الثالث : النيابة الشرعية عن الغير
الجزء الرابع : أحكام الوصية وآثارها
الجزء الخامس : حقوق الأولاد والأقارب
الجزء السادس : التركات والمواريث